

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

CRISTIANE LUIZA RIFFEL

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE: UMA ANÁLISE
DOS DESAFIOS POSTOS AOS PODERES PÚBLICOS, REFLETIDOS NAS
(IN)DEFINIÇÕES DE UM CASO DE *HOME CARE*
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Santa Rosa
2018

CRISTIANE LUIZA RIFFEL

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE: UMA ANÁLISE
DOS DESAFIOS POSTOS AOS PODERES PÚBLICOS, REFLETIDOS NAS
(IN)DEFINIÇÕES DE UM CASO DE *HOME CARE*
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Lairton Ribeiro de Oliveira

Santa Rosa
2018

CRISTIANE LUIZA RIFFEL

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE: UMA ANÁLISE
DOS DESAFIOS POSTOS AOS PODERES PÚBLICOS, REFLETIDOS NAS
(IN)DEFINIÇÕES DE UM CASO DE HOME
TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

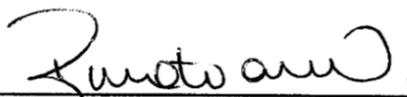
Banca Examinadora



Prof. Ms. Lairton Ribeiro de Oliveira – Orientador



Prof.^a Dr.^a Leticia Lassen Petersen



Prof.^a Ms. Renata Maciel

Santa Rosa, 20 de junho de 2018.

DEDICATÓRIA

Dedico esta monografia primeiramente a mim, que em um momento turbulento e de muitas adversidades, resolvi ingressar na academia como forma de buscar crescimento pessoal e profissional. Conjuntamente, dedico a toda a minha família, especialmente meus pais e meus dois filhos, que foram parceiros nesta caminhada libertadora.

AGRADECIMENTOS

Agradeço especialmente aos nossos mestres, maestros, que como na regência de uma orquestra, buscaram encontrar o talento que nós mesmos não sabíamos que possuíamos.

Aos meus amados pais e aos amores da minha vida, meus dois filhos, que foram compreensivos neste período que dei prioridade aos estudos. Ainda, ao meu orientador Lairton, pelas contribuições que foram fundamentais no desenvolvimento deste estudo.

Os homens são mortais. Assim, são ideias. Uma ideia precisa ser propagada tanto quanto uma planta precisa de rega. Caso contrário, ambos irão murchar e morrer.

B. R. Ambedkar

RESUMO

O tema desta Monografia consiste na Judicialização das Políticas Públicas para a Saúde. A delimitação temática deste estudo tem como recorte a responsabilidade e efetividade dessas ações nos casos de omissão do Poder Público, a partir da análise jurisprudencial de um caso de *Home Care*. A problematização do trabalho questiona se o Poder Judiciário pode impor obrigações de fazer ao Executivo em relação a determinadas políticas públicas para a saúde, sobretudo àquelas que importam em vultosa oneração aos orçamentos públicos, em potencial detrimento da assistência em saúde à coletividade? O objetivo geral é analisar a sistematização das políticas públicas e sua aplicabilidade, para compreender em que circunstâncias o Poder Judiciário estaria autorizado a intervir nos demais poderes, para impor medidas visando promover a eficácia social dessas políticas fundamentais. Justifica-se este estudo por ser um tema relevante e de interesse da sociedade em geral, em relação ao qual a academia jurídica não pode estar alheia, pois é propagadora das inovações e contribuições que impactam o seio social, sobretudo diante da crescente necessidade de interferência do Judiciário para solução dos litígios correspondentes, trazendo-se, como inovação, a análise de um caso da política pública do *Home Care*. Nessa vertente, busca-se, quanto às possíveis contribuições e repercussão do trabalho, a afirmação da necessidade do debate no meio acadêmico, para preparar o futuro jurista, que inexoravelmente se deparará com tais enfrentamentos. Para o desenvolvimento desta pesquisa de natureza teórico-empírica, emprega-se o método de abordagem hipotético-dedutivo, com análise qualitativa dos dados, utilizando-se de doutrinas, jurisprudências, legislação, materiais disponíveis em meio eletrônico, acessando-os por meio de documentação indireta e documental. A geração de dados decorrerá da investigação sistêmica na literatura atinente ao Direito Civil, Direito Administrativo e Constituição Federal e demais normativas pertinentes. A monografia organiza-se em três capítulos: o primeiro apresenta a conceituação das políticas públicas, além das responsabilidades e efetividades na seara da saúde; o segundo discorre acerca do direito fundamental à saúde como pressuposto básico da dignidade da pessoa humana, no contexto do mínimo existencial, contextualizadas com a crescente judicialização das políticas públicas correspondentes, arena de confronto entre o exercício desse direito com o princípio da reserva do possível e a separação dos Poderes; e o terceiro aborda a política do *Home Care* em cotejo com a análise econômica do direito e seu tratamento jurisprudencial. Nesse caminho, chegou-se à conclusão de que a ineficácia na implementação das políticas públicas impacta diretamente na sua judicialização. Entretanto, essa forma coercitiva de imposição de obrigações ao Poder Executivo como forma de garantir a sua aplicabilidade, na conjuntura atual, mostra-se eficiente em casos pontuais, não solucionando o problema instalado, além de tangenciar com a mitigação da independência entre os Poderes.

Palavras-chave: Direito à Saúde - Políticas Públicas - Judicialização.

ABSTRACT

The theme of this Monograph consists in the Judicialization of the Public Health Policies. The theme boundary in this study has as profile the responsibility and effectiveness of these actions in the cases of omission of Public Power, from the case analysis of a case of *Home Care*. The problematization of the work questions whether the Judiciary can impose affirmative obligations to the Executive in relation to certain health public policies, especially to those that matter in voluminous burden on public budgets, in potential, to the detriment of health care to the community? The general objective is to analyze the systematization of public policies and their applicability, to understand in what circumstances the Judiciary would be authorized to intervene in the other branches of government, to impose measures aimed to promote the social effectiveness of these fundamental policies. Justifies this study to be a relevant topic of interest to the society in general, in relation to which the legal academy can not be strange, for it is propagating of the innovations and contributions that impact within the social, especially in light of the growing need of the interference of the Judiciary to the solution of the dispute corresponding, bringing itself, as an innovation, the analysis of a case of the public policy of the *Home Care*. In this strand, it is searched the possible contributions and impact of the work, the assertion of the necessity of the debate in the academic, to prepare the future jurist, which inexorably will find such confrontations. For the development of this research of theoretical-empirical nature, it employs the method of approach to hypothetical-deductive, the qualitative analysis of the data, using the doctrines, case law, legislation, materials available through electronic means, accessing them by means of documentation indirect and documental. The data generation will be based on systemic research in the literature pertaining to Civil Law, Administrative Law and the Federal Constitution and other relevant regulations. The monograph is organized in three chapters: the first presents the conceptualization of public policies, in addition to the responsibilities and effectiveness in the field of health; the second talks about the fundamental right to health as a basic assumption of the dignity of the human person, in the context of the existential minimum, contextualized with the growing judicialization of public policies in the corresponding arena of confrontation between the exercise of this right with the principle of the reservation of the possible, and the separation of Powers; and the third discusses the politics of *Home Care* in comparison with the economic analysis of law and their treatment by the jurisprudence. In this way, the conclusion was reached that the ineffectiveness in the implementation of public policies directly impact on your judicialization. However, this form coercive of the imposition of obligations to Executive Power as a way to ensure their applicability in the current situation, shows efficient in individual cases, not solving the problem installed, in addition to the lightly brush with the mitigation of the independence among the Powers.

Keywords: Right to Health - Public Policy - Judicialization

LISTA DE ABREVIações, SIGLAS E SÍMBOLOS.

AED- Análise Econômica do Direito
AME- Administração de Medicamento
ANVISA- Agência Nacional de Vigilância Sanitária
art. - artigo
CADE- Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEAF- Componente Especializado da Assistência Farmacêutica
CF/88 - Constituição Federal de 1988
COFEN- Conselho Federal de Enfermagem
CPC – Código de Processo Civil
EUA- Estados Unidos da América
FEMA – Fundação Educacional Machado de Assis
LINDB- Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro
p. – página
§ - parágrafo
PNM- Política Nacional de Medicamentos
STF- Supremo Tribunal Federal
STJ- Superior Tribunal de Justiça
SUS- Sistema Único de Saúde

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CARACTERIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE	14
1.1 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E CONCEITUAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	14
1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE: RESPONSABILIDADES E EFETIVIDADE.....	21
2 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE NO CONTEXTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	30
2.1 O DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: MÍNIMO EXISTENCIAL x RESERVA DO POSSÍVEL	30
2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE E A NÃO INTERVENÇÃO ENTRE PODERES	37
3 A POLÍTICA PÚBLICA DO HOME CARE	45
3.1 A POLÍTICA PÚBLICA DO <i>HOME CARE</i> E SEU COTEJO COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	46
3.2 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DE UM CASO DA POLÍTICA DO <i>HOME CARE</i>	53
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	65

INTRODUÇÃO

O Estado Social Democrático de Direito Brasileiro sofre transformações na mesma proporção que a sociedade evolui. Exemplo disso são as diversas constituições que estiveram vigentes desde o advento da República. Contudo, foi a Constituição de 1988 que consolidou uma abordagem mais humanística, colocando os indivíduos no epicentro do sistema de proteção jurídica, quando em seu art 1º, inciso III, incorporou a dignidade da pessoa humana, como fundamento republicano.

Este dispositivo demanda muita reflexão, uma vez que a dignidade é um conceito que admite diversas interpretações, mas que, em sua essência, impõe ao Estado o dever de assegurar aos seus cidadãos condições mínimas existenciais, dentre as quais a de acesso às políticas públicas fundamentais. Assim sendo, nesse trabalho abordar-se-á detidamente as políticas para a saúde, bem maior para uma digna existência humana.

O tema desta Monografia consiste, portanto, na judicialização das Políticas Públicas para a saúde. A delimitação temática deste estudo tem como recorte uma análise da judicialização das Políticas Públicas para a Saúde, especificamente sobre a responsabilidade e efetividade dessas ações nos casos de omissão do Poder Executivo, tendo-se como pano de fundo a análise das diversas decisões judiciais relativas a um caso concreto em que se discute o direito ao *Home Care*.

O problema desta pesquisa refere-se ao seguinte questionamento: O Poder Judiciário pode impor obrigações de fazer ao Executivo em relação a determinadas políticas públicas para a saúde, sobretudo àquelas que importam em vultosa oneração aos orçamentos públicos, em potencial detrimento da assistência em saúde à coletividade?

Com relação ao tema controverso, pretende-se analisar a forma de sistematização e aplicabilidade das políticas públicas, discorrendo-se acerca da gestão e estruturação das competências, no intuito de identificar o motivo pelo qual estas importantes ações estatais, que revertem ao bem da coletividade, não se

materializam de maneira efetiva, o que redundará na manifesta judicialização dessas políticas.

O objetivo geral dessa Monografia, portanto, propõe-se a analisar a sistematização das políticas públicas e sua aplicabilidade, para compreender em que circunstâncias o Poder Judiciário estaria autorizado a intervir nos demais poderes, para impor medidas visando promover a eficácia social dessas políticas fundamentais.

No contexto dos objetivos específicos busca-se investigar acerca da caracterização das Políticas Públicas para a saúde, sua aplicabilidade e efetividade, bem como pesquisar sobre a judicialização no contexto da dignidade da pessoa humana, além de abordar, particularmente, aspectos jurisprudenciais da política pública do *Home Care*.

No ponto de vista da justificativa, entende-se que é necessário enfrentar a discussão desta temática diante da atual situação da saúde pública no Brasil. Para tanto, mister apresentar a sistematização das ações afirmativas do Estado, trazendo-se dados concretos, coerentes e reais que levam à asseveração da viabilidade e da relevância do tema, uma vez que as políticas públicas revertem ao bem de toda a coletividade.

Trata-se de um tema pertinente e de interesse da sociedade em geral, tendo como inovação a apresentação de um caso de *Home Care*. Noutra banda, pretende-se lançar, sob múltiplas abordagens, opiniões sobre o tema, conflitantes entre si e cada qual com um enfoque fundamentado.

Nessa vertente, busca-se contribuir para a repercussão do trabalho na afirmação da necessidade do debate no meio acadêmico, para preparar o futuro jurista que, inexoravelmente, deparar-se-á com estas questões.

A pesquisa é de natureza teórico-empírica, de abordagem qualitativa, utilizando-se de doutrinas, jurisprudências, legislação, materiais disponíveis em meio eletrônico, acessando-os por meio de documentação indireta e documental e, através destas fontes, apropriando-se dos assuntos pertinentes, a fim de realizar um estudo aprofundado das políticas públicas, sua aplicabilidade e efetividade, bem como verificar o quanto a sua ineficácia impacta na conseqüente judicialização.

Ela desenvolve-se a partir de consultas a materiais já publicados que se constituem em sua maioria de livros, artigos científicos, legislação. Desta forma,

pretende-se analisar os dados coletados como forma de mensurar a crescente judicialização das políticas públicas.

No campo da documentação, busca-se a geração de dados por meio indireto, utilizando-se de materiais bibliográficos publicados, tais como livros, artigos científicos e no cenário atual de materiais acessíveis pela internet e documentos que se referem ao tema proposto, no interesse de se encontrar argumentos que se destinem a responder ao problema proposto.

A pesquisa adota como método de abordagem o hipotético-dedutivo, com o objetivo de explicar o fenômeno em curso. Ainda, apresentam-se as responsabilidades cabíveis aos entes estatais, na sequência fazem-se as deduções por meio da análise da efetividade ou ineficácia na implementação destas políticas, por meio da observação e da análise dos dados gerados com respostas prováveis, que serão testadas e confirmadas ou afastadas.

Sendo assim, utiliza-se ainda o método de procedimento monográfico, visto analisar de forma específica o caso proposto no problema levantado. Ainda, quanto ao método de procedimento secundário, tem-se o histórico pelo qual se pretende analisar as políticas públicas em sua genealogia, e a forma como são implementadas na atualidade, no que tange principalmente o direito à saúde e à sua judicialização.

A abordagem estrutura-se em três capítulos, sendo no primeiro, explanada a contextualização das políticas públicas desde a origem histórica até a normatização e implementação no Brasil. Fazendo-se conexões quanto à atribuição executiva, orçamentária e analisando-se o quanto as interferências entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário impactam e que podem levar a uma relativização de sua independência financeira e administrativa.

No segundo capítulo, discorre-se acerca do direito fundamental à saúde como pressuposto básico da dignidade da pessoa humana no contexto do mínimo existencial. Assim, como a judicialização das políticas públicas para a saúde, o princípio da reserva do possível e a não intervenção entre os Poderes funcionais do Estado.

Já o terceiro capítulo, apresentará a política do *Home Care* e seu cotejo com a análise econômica do direito, assim como, o tratamento jurisprudencial dessa política, enfatizando-se as indefinições nas sucessivas decisões de um caso concreto. Pretendendo-se adentrar no nível das responsabilidades, no intuito de

estudar a sua efetividade identificando o quanto a ineficácia na aplicabilidade destas políticas pode colaborar para a conseqüente judicialização no contexto contemporâneo.

1. CARACTERIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE

As políticas públicas são elaboradas e realizadas pelo Estado como meio de garantir aos seus cidadãos o acesso a programas governamentais que possam disponibilizar, especialmente aos mais necessitados, meios para uma vida digna. Para que se possa ter um conhecimento do que são políticas públicas, faz-se necessário explanar no que elas se constituem, assim como para que se destinam.

Nesse intento, este primeiro capítulo abordará os princípios que norteiam toda a atuação pública, por meio de uma análise conceitual acerca das políticas públicas na seara da saúde, além de elencar os atores responsáveis pela sua elaboração e implementação.

1.1 ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA E CONCEITUAL E DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

É sabido que o conhecimento é a mola propulsora de qualquer ação. Sendo assim, é necessário o domínio do conceito de políticas públicas, marco inicial da elaboração dos programas sociais, sem descuidar da legislação atinente ao tema, que define as prioridades e percentuais legais disponíveis e obrigatoriamente aplicáveis, dos orçamentos públicos, para a sua consecução.

Contudo, antes de se adentrar na abordagem doutrinária propriamente dita sobre o conceito de políticas públicas, notadamente se considerado o enfoque prestacional de algumas delas, tal como as direcionadas à saúde pública, entende-se importante destacar que elas devem ser contextualizadas a partir de um pano de fundo principiológico, em que se façam presentes os princípios do interesse público (ou supremacia do interesse público), da continuidade do serviço público, da impessoalidade, da isonomia, da universalidade da prestação do serviço público, da eficiência e da eficácia da atividade administrativa pública.

Para Mello, o Regime Jurídico Administrativo é movido por dois princípios aos quais ele chama de “pedras de toque”: o da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade, pela administração, dos interesses públicos. Notadamente depreende-se que embora estes sejam, em sua visão, os vetores da administração estatal, deverão ser empregados em harmonia com todos os demais, em um equilíbrio satisfatório, por meio de juízo de ponderação, quando em eventual

aparente conflito, ora prevalecendo um, ora aplicando-se outro, sem que se excluam mutuamente, eis que inexistente hierarquia entre eles (MELLO, 2013).

O princípio da supremacia do interesse público, estabelece que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse particular, desde a elaboração das leis até a execução, em concreto, pelos entes públicos, por meio de seus instrumentos, neles inseridas as políticas públicas.

Em sendo o interesse público o somatório dos interesses individuais de uma certa coletividade, este princípio obrigou o Estado a ampliar as suas atividades no campo das prestações positivas, que se revertam ao bem de toda a população. “[...] é, pois, no âmbito do direito público, em especial do Direito Constitucional e Administrativo, que o princípio da supremacia do interesse público tem a sua sede principal.” (DI PIETRO, 2015, p. 100).

Por seu turno, o Princípio da Indisponibilidade proíbe a administração de fazer, ou obriga-a a fazer algo, quando for do interesse público. A vontade que deve determinar o agir da administração é a do povo, na qual não há espaço para ações ou inércia por razões de cunho pessoal. Sendo assim,

[...] o interesse público realiza-se plenamente, sem ter sido deixado de lado, na rápida solução de controvérsias, na conciliação de interesses, na adesão de particulares às suas diretrizes, sem os ônus e a lentidão da via jurisdicional. (MEDAUAR, 2015, p. 163).

Em busca de impedir que o Administrador Público interrompa projetos implementados por governos anteriores e essenciais para a população, dentre outras finalidades, surge o Princípio da Continuidade do Serviço Público que, segundo Mello, trata-se de um subprincípio, ou princípio derivado da obrigatoriedade do desempenho da atividade pública, esta disciplinada em lei, à qual a Administração é curadora e, portanto, a defesa e continuidade destas prestações são obrigatórias e impositivas ao ente público, prevalecendo em quaisquer conjunturas (MELLO, 2013). Este aspecto que corrobora com a ideia de que as políticas públicas devem se constituir em programas de Estado e não meros programas de governo, suscetíveis a temporalidade de mandatos políticos (FREITAS, 2014).

Nessa linha, o Princípio da Impessoalidade, representado pela máxima de que “[...] para aquele que se dispõe a servir o público não importa a vontade própria,

o desejo pessoal, a preferência íntima [...]” (ROSSI, 2016, p. 51), ou seja, o ocupante de cargo público, é um agente a serviço da entidade estatal a qual representa, tendo o dever de atender aos fins públicos. Investido em seu cargo, deve despojar-se de suas concepções pessoais e proceder na função que desempenha sem julgamentos e preferências pessoais, buscando sempre a máxima eficácia social dos programas, projetos e atividades atinentes às competências do seu cargo.

Quanto ao Princípio da Isonomia, que implica em “[...] tratar os iguais de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida de suas desigualdades.” (MARINELA, 2015, p. 80).

Poder-se-ia afirmar que, ele possui um alto grau interpretativo e que pode levar à discricionariedade, pois não existe um parâmetro formalmente definido, sendo, portanto, suscetível de equívocos e favorecimentos contrários ao intuito pelo qual o princípio foi criado, qual seja, equilibrar as diferenças utilizando-se do mesmo critério. Para se evitar tal anomalia, mostra-se relevante, no que tange às políticas públicas, que a participação popular seja efetiva, desde o momento de sua formulação, como concretização do ideal democrático e como forma de controle social destes programas.

Não obstante, cumpre elencar o Princípio da Universalidade da Prestação do Serviço Público, que deve nortear a formulação das políticas públicas, na busca do máximo alcance social dos programas estabelecidos pelo Estado, sobretudo quando se trata de direitos fundamentais, “[...] o qual exige a prestação do serviço à coletividade como um todo, sendo uma atividade *erga omnes* e de forma indistinta [...]”. (MARINELA, 2015, p. 549).

Este princípio torna-se autoexplicativo por sua própria nomenclatura, pois traz em seu cerne o direito de acesso aos serviços públicos sem condicionantes, restando gravado expressamente no Artigo 196 da Carta Constitucional, na Seção II, “Da Saúde”, dentro do título “Da Ordem Social”, pela relevância que a saúde representa na vida humana e, portanto, dever do Estado zelar para que os indivíduos desfrutem de uma boa qualidade de vida (BRASIL, 1988).

Assim, na busca de melhorar qualidade no atendimento da população, a Emenda Constitucional nº 19 de 1998, contemplou o princípio da eficiência entre os princípios constitucionais da Administração Pública, expresso no caput do Artigo 37, que traz em seu bojo o binômio produtividade e economia, impositivo de que o

serviço público seja prestado com eficiência, primando-se pela economicidade, abarcando tanto a gestão e coordenação dos serviços, quanto o desempenho da função do agente público (DI PIETRO, 2015).

À vista do exposto, o Princípio da Eficiência, consta expressamente na Carta Constitucional no artigo 37 e “[...] integra o direito fundamental à boa administração, já que consiste justamente em incrementar a gestão pública, de maneira que a Administração escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer [...]” (FREITAS, 2014, p. 23), pois o serviço público deverá atender a finalidade para a qual foi criado, em uma intrínseca relação que se exterioriza em qualidade da atividade prestacional estatal.

Delineado este parâmetro principiológico, cumpre adentrar na conceituação, propriamente dita das políticas públicas. Nesse intento, conforme a lição de Amabile, as políticas públicas são questões de ordem pública, cuja persecução deverá ser o atingimento do interesse de uma coletividade. Elas serão organizadas de acordo com a realidade social em que se inserem, tendo como responsáveis figuras políticas, investidas em conformidade com o disciplinado em lei (AMABILE, 2012).

Na lição de Freitas, há dois conceitos de políticas públicas, um que deriva do século XIX e que ainda é o dominante, pelo qual elas são decisões políticas, pautadas pelos critérios do juízo de conveniência e de oportunidade, em um processo formulado juridicamente, sendo ônus exclusivo da esfera político-eleitoral, não cabendo interferência do judiciário. De acordo com o autor, em uma visão contemporânea e amoldada a realidade social, as políticas públicas são políticas de Estado e não decisões políticas, que devem reger-se à luz dos direitos sociais constitucionais, o que possibilita ao Poder Judiciário intervir excepcionalmente, com vistas à sua efetividade, sobretudo nas áreas mais fundamentais (FREITAS, 2014).

Conquanto, mister aprofundar os aspectos do conceito das políticas públicas que, no entendimento de Bucci, “[...] são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”. (BUCCI, 2006, p. 241).

Nesse sentido, por terem como destinatários a coletividade, de forma igualitária e universal, infere-se que há a necessidade de uma gestão eficiente e eficaz para torná-las viáveis e efetivas, aspecto que se revela, no quadro atual da

saúde pública, em grande medida, que o objetivo almejado não está sendo alcançado.

Notadamente, à medida que a sociedade evolui, toma consciência de seus direitos e passa a exigí-los, em uma clara demonstração de cidadania. Com isso, “[...] os direitos sociais e transindividuais deixam de ser meras declarações retóricas e passam a ser direitos positivados em busca de efetividade.” (BUCCI, 2006, p. 241).

Utilizando-se da lição de Amabile, Políticas Públicas são, portanto, “[...] estratégias de atuação pública, estruturadas por meio de um processo decisório composto de variáveis complexas que impactam na realidade [...]” (AMABILE, 2012, p. 390). Na qual se faz necessário, cada vez mais, a participação da sociedade civil, afinal o impacto negativo ou positivo transborda no contexto social.

No campo da execução, elas passam por quatro estágios principais que o autor citado, define como sendo os da formulação, execução, monitoramento e avaliação, sendo necessária a análise e aplicação de métodos especialmente de pesquisa para verificar sua eficácia, em razão de serem programas complexos, que envolvem ações humanas e, portanto, precisam corresponder ao ensejo pelo qual foram instituídos (AMABILE, 2012). Nesse sentido, Salienta Bucci, “[...] a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e agentes públicos envolvidos”. (BUCCI, 2006, p. 249).

Por seu turno, Mousquer define que as políticas públicas, na concepção atual de Estado Republicano Moderno “[...] são políticas de ação mediata para melhoramento do futuro e não políticas imediatas remediativas do passado [...]” (MOUSQUER, 2016, p. 91). Ou seja, passam por um estudo social, adequando-se às realidades enfrentadas, com o ensejo de alterar positivamente o contexto no qual os cidadãos estão inseridos, alicerçadas no planejamento estratégico, principalmente para médio e longo prazo.

Portanto, é desejável e salutar o engajamento recíproco dos entes estatais, revestidos no interesse do corpo social, quando se poderia utilizar da discricionariedade administrativa desde que, pautadas nas normativas vigentes. Neste sentido, advoga Freitas que “[...] as políticas públicas e a discricionariedade administrativa, imanadas pelo direito à boa administração, passam à condição de categorias entrelaçadas [...]” (FREITAS, 2014, p. 30), com o ensejo de aplicar as primazias constitucionais.

Logo, essa discricionariedade, embora legítima, não se coaduna com aplicações de recursos públicos pautados em interesses meramente político-partidários, diversos do intento de beneficiar a coletividade, a partir de uma análise detalhada dos investimentos financeiros e da conseqüente reversão em qualidade de vida para a população (FREITAS, 2014). Assim, as políticas públicas não podem ser vistas como função e competência apenas do ente estatal. Cada vez mais, o corpo social deverá envolver-se nessa temática, pois é o destinatário principal desses programas e titular legítimo do direito de eleição dos responsáveis pela sua implementação, que são:

[...] constituídas com uma função distributiva, redistributiva ou regulatória e inspiram o constante debate sobre a modernização do Estado e, por isso, estão contemporaneamente se fundando mais em estruturas de incentivos e menos em estruturas de gastos governamentais [...] (AMABILE, 2012, p. 390).

Nessa vertente e consoante os objetivos da presente análise, cabe lembrar que o artigo 196 da Constituição Federal de 1988 – CF-88, dispôs que “[...] a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]” (BRASIL, 1988). Sendo assim, para que se consiga promover este direito fundamental constitucional, leciona Bucci que a compreensão é essencial para a efetividade das políticas públicas, especialmente na seara da saúde, pois envolve “[...] um sistema extremamente complexo de estruturas organizacionais, recursos financeiros, figuras jurídicas, cuja apreensão é a chave de uma política pública efetiva e bem sucedida.” (BUCCI, 2006, p. 249).

Nas palavras da autora, as políticas públicas se desenvolvem em três estágios, quais sejam, o primeiro momento que é o da formação, referente à apresentação dos pressupostos técnicos e materiais. O segundo momento que é o da execução, que consiste nas medidas administrativas, financeiras e legais utilizadas para sua implementação, e o último momento é o da avaliação, no qual se analisa os efeitos sociais e jurídicos no processo de atuação da política pública (BUCCI, 2006). Assim,

[...] a escolha das diretrizes da política, os objetivos de determinado programa não são simples princípios de ação, mas são vetores para a implementação concreta de certas formas de agir do Poder Público, que levarão a resultados desejados [...]. (BUCCI, 2006, p. 267).

Portanto, a escolha das políticas públicas, foge ao poder público discricionário, restrito a uma decisão isolada e materializa-se em interesses públicos:

[...] desfaz-se o mito da Administração como máquina de execução neutra e inerte, na medida em que o desenho institucional de determinada política depende do conhecimento dos organismos administrativos, dos procedimentos, da legislação, do quadro de pessoal disponível, das disponibilidades financeiras, enfim, de um conjunto de elementos que se não pode, sozinho, desencadear a ação – porque depende do impulso da direção política do governo -, pode, por outro lado, transformar-se em obstáculo para implementação dessa iniciativa. (BUCCI, 2006, p.268).

Dessa forma, as políticas públicas deverão ser implementadas tendo a Carta Constitucional, como um farol do qual o olhar jamais poderá se esquivar. No entanto, o enfoque maior deve ser no contexto social no qual elas serão implementadas, uma vez que cada região possui realidades distintas e a Constituição determina a eficácia direta e imediata dos direitos fundamentais, finalidade que deverá ser perseguida pelo Gestor Público, podendo-se utilizar da discricionariedade administrativa, desde que guiada à luz daquela (FREITAS, 2014).

Nessa senda, por serem geridas pelo poder público, “[...] a atuação estatal é tema de estudo passível de análise por várias perspectivas como a filosófica, a jurídica, a sociológica, a econômica, a administrativa e a política [...] (AMABILE, 2012, p. 390), abordagem multidisciplinar, cujos conhecimentos podem reverter em programas sociais mais eficazes.

O ponto crucial que parece remanescer reside na necessidade de se afastar os interesses eleitoreiros no momento do emprego da discricionariedade na escolha das políticas públicas, “[...] em face da tendenciosidade que coloca em cheque o julgamento racional [...]” (FREITAS, 2014, p. 56). Talvez a reunião multidisciplinar de atores interessados, poderia contribuir para a mitigação do atual problema da ineficácia dos programas de governo, pois estariam investidas de conhecimento científico e social, em conjunção de esforços, em prol de um mesmo objetivo.

Depreende-se que o tema em questão é complexo e dinâmico, pois em constante mutação, especialmente na área da saúde, a qual o conhecimento científico é essencial no combate à incidência de doenças e na cura das já instaladas.

A título de síntese, mostra-se clarividente a necessidade de conjunção de esforços, das diversas esferas dos poderes públicos e da sociedade civil no que

concerne à elaboração de políticas públicas, como em uma engrenagem em perfeita sintonia, o que, no cenário atual, pode soar um tanto quanto utópico, mas que não mitiga a necessidade de se delinear as responsabilidades estatais para a implantação das políticas públicas, nas áreas respectivas, aqui delimitadas naquelas relacionadas ao direito fundamental à saúde.

1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE: RESPONSABILIDADES E EFETIVIDADE

Uma vez absorvido o conceito de políticas públicas e analisados os princípios imbricados na sua realização, o administrador público, deverá voltar-se para a legislação atinente ao tema e ao orçamento disponível, ao qual se encontra vinculado, e depreender seus esforços, por meio da estrutura administrativa disponível em uma gestão eficiente e planejada.

Com efeito, esse não é um trabalho individual, de atos isolados, mas de esforços conjuntos e ordenados, vinculados em princípios tais como o da legalidade, que irá ramificar todas as ações estatais. Então, questiona-se a quem caberia formular as políticas públicas e, em uma visão geral, infere-se que ao Poder Legislativo cabe discipliná-las, positivá-las e ao Poder Executivo, cabe executá-las (BUCCI, 2006).

Para Cambi e Zaninelli, “[...] a crise de representatividade e a ineficiência da administração da coisa pública está levando à judicialização da política, como meio de contribuir para a efetivação da cidadania.” (CAMBI; ZANINELLI, 2017, p. 83). Assim, uma vez que os anseios sociais não são atendidos pelo corpo político-administrativo, os cidadãos vislumbram no Poder Judiciário a via pela qual seus direitos poderão ser assegurados.

Assim, a partir dessa breve explanação do conceito de políticas públicas, sob a ótica dos mencionados autores, importa trazer à lume aspectos sobre a responsabilidade e efetividade em sua implementação, um tema do interesse da coletividade, pois a ela atinge de forma eficaz ou ineficaz, de acordo com a condução em sua estruturação, gestão e fiscalização.

O legislador pátrio, no intuito de garantir o acesso à saúde a todos os brasileiros, fez soprar os ventos do princípio constitucional da igualdade e tratou de

garantir a universalidade¹, ao contemplar estes direitos na Constituição Federal, dentro do capítulo da Seguridade Social.

Com este intuito, fez constar no texto do artigo 194 da Carta Magna que “a Seguridade Social, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinados a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e a assistência social.” (BRASIL, 1988). Positiva-se a universalidade como princípio exposto, inscrito no inciso primeiro do mencionado artigo.

É importante pautar, de imediato, que o direito em comento, integra o rol dos chamados direitos sociais. Nesta seara, Silva leciona que a ordem social adquiriu dimensão jurídica a partir da Constituição Mexicana de 1917, quando ela passou a ser expressamente sistematizada e disciplinada. No Brasil, a primeira Constituição que passou a receber um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934, influenciada pela Constituição de Weimar², e que continuou a ser expressa nas constituições brasileiras subsequentes (SILVA, 2009).

No entanto, foi a Constituição de 1988 que melhor delineou os contornos da matéria sob análise, quando, em seu artigo 6º, relacionou os direitos sociais, inserindo-os dentro do título VIII - Da Ordem Social - o capítulo II, que trata da Seguridade Social, norteador legal das ações inerentes às políticas públicas correspondentes (BRASIL, 1988).

Silva acrescenta que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, podem ser conceituados como prestações positivas que são realizadas direta ou indiretamente pelo Estado, as quais se encontram positivadas e abarcam a garantia de melhores condições de vida aos socialmente mais vulneráveis, tendentes a igualar situações sociais desiguais. Em suas palavras, os direitos sociais regem-se pelos princípios da universalidade da cobertura (que é um princípio subjetivo) e do atendimento (que é um princípio objetivo), do princípio

¹ Aqui entendido como sinônimo de generalidade, um dos elementos do conteúdo jurídico e do conceito de serviço público adequado, conforme preceitua o Art. 6º, § 1º da Lei 8.987/95.

² A Constituição de Weimar, promulgada na Alemanha em 11 de agosto de 1919, após o fim da 1ª Guerra Mundial, em uma fase de instabilidade política, vigeu até o ano de 1933. Apesar de sua brevidade, tornou-se um dos textos constitucionais mais influentes da história, positivando em seus Artigos 109 à 161, inúmeros direitos, dentre os quais, a igualdade perante a lei, a liberdade de locomoção, o direito das minorias linguísticas, a garantia da legalidade, a inviolabilidade do domicílio, a irretroatividade da lei penal, a proteção à família e à maternidade, a liberdade de reunião, além de instituir a função social da propriedade, estabelecer direitos trabalhistas e previdenciários, dentre outros (BARROSO, 2016).

da igualdade ou equivalência dos benefícios, do princípio da unidade de organização e do princípio da solidariedade financeira. Esta organização terá caráter democrático e descentralizado em sua administração, tendo sua gestão dividida de forma quadripartite, entre trabalhadores, empregadores, aposentados e governo (SILVA, 2009).

Seguindo semelhante orientação, corrobora Bucci, ao assinalar que,

Nesse sentido, o processo administrativo de formulação e execução das políticas públicas é também processo político, cuja legitimidade e cuja “qualidade decisória”, no sentido da clareza das prioridades e dos meios para realizá-las, estão na razão direta do amadurecimento da participação democrática dos cidadãos. O sucesso da política pública, qualquer que seja ela, está relacionado com essa qualidade do processo administrativo que precede a sua realização e que a implementa. As informações sobre a realidade a transformar, a capacitação técnica e a vinculação profissional dos servidores públicos, a disciplina dos serviços públicos, enfim, a solução dos problemas inseridos no processo administrativo, com o sentido lato emprestado à expressão pelo direito americano, determinarão, no plano concreto, os resultados da política pública como instrumento de desenvolvimento. (BUCCI, 2006, p. 269).

Depreende-se, a partir desta leitura, que não cabe única e exclusivamente ao Poder Público a responsabilidade com relação à Seguridade Social, mas sim a toda à sociedade, por meio de ações conjuntas e integradas que garantam sua implementação e viabilidade e que se perfectibilizam através das políticas públicas.

No que tange à saúde, para Silva, ela é concebida como um direito de todos e dever do Estado, que deve efetivá-las por intermédio de políticas sociais e econômicas. Este direito rege-se pelos princípios da universalidade e da igualdade de acesso às ações e serviços que a promovem, protegem e recuperam (SILVA, 2009).

Essas políticas são onerosas e abarcam garantias relevantes aos indivíduos, especialmente com relação à saúde e que, portanto, são do interesse de todos, cabendo aos órgãos governamentais a sua coordenação, com apoio da iniciativa privada, dentro dos limites legais.

Acrescenta o autor, que são ações e serviços de relevância pública, “[...] sujeitos à regulamentação, fiscalização e controle do Poder Público, nos termos da lei, a que cabe executá-los diretamente ou por terceiros, pessoas físicas ou jurídicas de direito privado [...]” (SILVA, 2009, p. 831).

Esclarece o autor, ainda, que no momento em que a Constituição Federal

[...] atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra fiscalização. (SILVA, 2009, p. 831).

Assim, pode-se deduzir que o planejamento, a elaboração e a implementação das políticas públicas são de responsabilidade dos órgãos, entidades e agentes dos Poderes Executivo e Legislativo, tendo como escopo a busca por atender as necessidades da coletividade.

Ao Poder Judiciário, restaria a atribuição de intervir, de forma extraordinária, sempre mediante provocação e nos limites constitucionalmente estabelecidos, quando houver uma ilegalidade, por ação ou omissão, prestando a tutela jurisdicional, à luz da garantia fundamental prevista no art. 5º, inciso XXXV da Constituição, cujo texto dispõe que “[...] a lei não excluirá da apreciação do Poder Público lesão ou ameaça a direito.” (BRASIL, 1998).

A Organização do Estado está atrelada à disciplina da Constituição Federal, sendo que em seu artigo 23, inciso II, ela dispõe ser da competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, bem como da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, sendo plausível essa reciprocidade em razão de facilitar o acesso das pessoas aos serviços, independente do local onde se encontrem (BRASIL, 1988).

Corroborando no conceito de repartição de competências o estatuído no Artigo 24, inciso II, da Carta Republicana, que estabelece a competência concorrente dos entes estatais para legislar sobre orçamento, em uma nítida busca de adequar os investimentos públicos de acordo com a realidade econômica e social dos Estados membros. Já o artigo 30, inciso VII, é exemplo típico do intuito do legislador quanto à conjugação de esforços entre Município e União, no que tange a prestação de serviços de atendimento à saúde da população (BRASIL, 1988).

Ao passo que os Estados membros estão entrelaçados em uma reciprocidade com a União, cada um com sua autonomia legislativa e administrativa, sem hierarquia, o artigo 34, inciso VII, alínea “e”, e o artigo 35, inciso III, ambos da Constituição Federal, visam garantir a não intervenção nos assuntos de suas competências, que somente será relativizada em casos de não atendimento a preceitos constitucionais estabelecidos no diploma supracitado, dentre eles a não

aplicação do percentual legal da receita proveniente de impostos estaduais, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde, comprovando a relevância que a educação e a saúde representam para o Estado (BRASIL, 1988).

Não se pode olvidar que o legislador não descuidou de disciplinar a destinação de recursos, quando no Capítulo II, "Dos Orçamentos" da Carta Magna, que trata das Finanças Públicas, discorreu, na seção sobre o tema dos orçamentos, mais precisamente no artigo 166, parágrafo 9º e 10º que, em havendo emendas ao projeto de lei orçamentária, impõe-se o limite de 1,2% (um inteiro e dois décimos por cento) da receita corrente líquida, sendo que metade deste percentual será necessariamente destinado a ações e serviços públicos de saúde, sem prejuízo do disposto no artigo 198, inciso I, parágrafo 2º, quanto ao mesmo tema, qual seja, aplicação obrigatória de percentual mínimo em saúde (BRASIL, 1988).

Assim, representativo da solidariedade, que deve permear as relações entre os entes federados, quando se trata de obrigações relativas ao direito à saúde, o entendimento judicial proferido pela Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1655043/RJ:

RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. [...]

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: "Como cedição, a saúde é direito de todos e dever do Estado. Trata-se de garantia inerente à saúde e à vida, as quais estão intrinsecamente ligadas ao princípio da dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos basilares de nossa República. Com efeito, os artigos 196 e 198 de nossa Lei Maior asseguram aos necessitados o fornecimento gratuito de medicamentos/exames indispensáveis ao tratamento de sua saúde, de responsabilidade solidária da União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios (...) Pontue-se que a parte autora logrou comprovar a necessidade dos medicamentos, consoante se extrai do laudo e do receituário médico acostados nos indexadores 14/16. [...] (Fl. 548) Acrescente-se que a existência de alternativas terapêuticas não afasta do ente público a responsabilidade pelo fornecimento dos medicamentos postulados, se essenciais ao tratamento indicado." [...]. 5. Não podem os direitos sociais ficar condicionados à boa vontade do Administrador, sendo de suma importância que o Judiciário atue como órgão controlador da atividade administrativa. Seria distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originalmente concebido com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado justamente como óbice à realização dos direitos sociais, igualmente relevantes. 6. **O STJ possui jurisprudência firme e consolidada de que a responsabilidade em matéria de saúde, aqui traduzida pela distribuição gratuita de medicamentos em favor de pessoas carentes, é dever do Estado, no qual são compreendidos aí todos os entes federativos: "o funcionamento do Sistema Único de Saúde (SUS) é de responsabilidade solidária da União, Estados-membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade ad**

causam para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros". 8. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, a) [grifo nosso].

Como forma de aplicar o Princípio da Igualdade dentro do território brasileiro, que devido sua extensão e diversidades culturais e geográficas possui nuances destoantes na distribuição de renda estabeleceu-se no artigo 194, parágrafo único, inciso II da CF, “[...] uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais.” (BRASIL, 1988).

O princípio da igualdade, para Mello, pressupõe em sua origem normativa tratamentos desiguais, direitos e obrigações diversas, embora pareça contraditório, para igualar situações desiguais. Leciona o autor que, “[...] com efeito, por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas [...]” (MELLO, 2006, p. 18).

Leciona Bonavides, que o princípio da Igualdade é o que mais tem se fortalecido hodiernamente no Direito Constitucional, não tendo alterada a concepção original dos direitos, porém se engrandecido, adquirindo uma extensão alargada, com a introdução dos direitos sociais básicos (BONAVIDES, 2015). Nesse contexto, inserido na Carta Magna, Seção II, da saúde, o artigo 196 estabelece que a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantindo-se seu acesso universal e igualitário.

Bonavides advoga que, no Brasil, o exercício dos direitos fundamentais que se encontravam incubados, agora se deparam com as condições favoráveis à sua efetivação, contudo:

Não há para tanto, outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade. (BONAVIDES, 2015, p. 387).

Volvendo-se às responsabilidades e efetividades das políticas públicas, alguns mecanismos de descentralização e facilidade de acesso foram criados na busca da otimização dos serviços, dentre os quais, salutar ao tema, trata da política de medicamentos, criada para reger a conduta da administração para possibilitar a acessibilidade aos indivíduos em seus municípios e proporcionar desburocratização e comodidade aos enfermos.

No intuito de positivar a política dos medicamentos e de descentralizar as ações relacionadas à saúde, para facilitar o acesso à população, o Ministério da Saúde instituiu a Política Nacional de Medicamentos (PNM), disciplinada Portaria nº 3.916 de 30 de outubro de 1988. A referida Política foi aprovada pela Comissão Intergestores e pelo Conselho Nacional de Saúde, tendo como escopo garantir a segurança, eficácia e qualidade dos medicamentos, facilitar o acesso aos remédios de uso essencial bem como promover o uso racional dos mesmos (FERNANDES, 2016).

Entretanto, em razão da evolução tanto da medicina quanto da indústria farmacêutica, surgiram medicamentos inovadores em tratamentos das patologias mais complexas, tendo sido necessário aprimorar a lista existente dos medicamentos chamados excepcionais ou de alto custo, em substituição a portaria vigente, que se encontrava obsoleta (FERNANDES, 2016).

A normativa vigente está disciplinada na Portaria GM/MS nº 2981/2009, que, em 1º de março de 2010, aprovou o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (FERNANDES, 2016). O artigo 9º da portaria supracitada, define o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF), como sendo:

Uma estratégia de acesso a medicamentos no âmbito do Sistema Único de Saúde caracterizado pela busca da garantia da integralidade do tratamento medicamentoso, em nível ambulatorial, cujas linhas de cuidado estão definidas em Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas publicadas pelo Ministério da Saúde. (FERNANDES, 2016, p. 22).

Infere-se, a partir deste conceito, a garantia da integralidade ao acesso de medicamentos, tendo como intento nortear, com uma política previamente instituída e amoldada à realidade contemporânea, a coerente prescrição de medicamentos por parte do profissional médico.

No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, foi implantado o sistema informatizado de Administração de Medicamentos (AME), que delegou integralmente para as Coordenadorias Regionais de Saúde o cadastro de usuários, controle de estoques e compras, o que possibilitou ao usuário do Sistema Único de Saúde (SUS) a retirada do medicamento no seu próprio Município (FERNANDES, 2016).

Insta esclarecer que a alínea “d”, do inciso 1º, do Artigo 6º da Lei 8.080/1990 abarca a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica, portanto, em primeira análise, inafastável e sem condicionantes de

contraprestação. Nessa senda, a Portaria GM/MS nº 3439/2010 fez-se necessária para definir a relação de medicamentos fornecidos para tratamento de doenças raras e de alto investimento unitário, condicionando um parâmetro a ser observado (FERNANDES, 2016).

Dito parâmetro condicionador ao fornecimento de medicamentos de alto custo tem sido observado no Rio Grande do Sul, conforme julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no recurso de agravo de instrumento Nº 5051198-46.2017.4.04.0000/RS:

EMENTA: ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. TRATAMENTO PARTICULAR. SUBMISSÃO AOS PROTOCOLOS CLÍNICOS DO SUS. AUSÊNCIA. 1. A União, Estados-Membros e Municípios têm legitimidade passiva e responsabilidade solidária nas causas que versam sobre fornecimento de medicamentos. 2. A solidariedade não induz litisconsórcio passivo necessário, mas facultativo, cabendo à parte autora a escolha daquele contra quem deseja litigar, sem obrigatoriedade de inclusão dos demais. Se a parte escolhe litigar somente contra um ou dois dos entes federados, não há a obrigatoriedade de inclusão dos demais. 3. O direito à saúde é assegurado como fundamental, nos arts. 6º e 196 da **Constituição Federal, compreendendo a assistência farmacêutica (art. 6º, inc. I, alínea "d", da Lei n. 8.080/90), cuja finalidade é garantir a todos o acesso aos medicamentos necessários para a promoção e tratamento da saúde; não se trata, contudo, de direito absoluto, segundo reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que admite a vinculação de tal direito às políticas públicas que o concretizem, por meio de escolhas alocativas, e à corrente da Medicina Baseada em Evidências. 4. Para fazer jus ao recebimento de medicamentos fornecidos por entes políticos, deve a parte autora comprovar a atual necessidade e ser aquele medicamento requerido insubstituível por outro similar/genérico no caso concreto. (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).**

Nota-se, portanto um bem delineado e articulado arcabouço de normas que estabelecem procedimentos, competências e responsabilidades, dos diversos entes federados, na prestação do serviço de saúde, notadamente em relação à distribuição de medicamentos. Contudo, sabe-se que esse direito, tão caro à dignidade da pessoa humana, muitas vezes é negligenciado, em flagrante ineficácia das políticas públicas previamente estabelecidas, que não são levadas a efeito de maneira adequada. Esta falta de efetividade e eficácia na prestação estatal faz surgir, não raro, a necessidade de provocação do Poder Judiciário, para fazer valer as garantias e direitos individuais dos cidadãos, notadamente na área da saúde pública.

Do exposto, resta explicitado que a Administração Pública está vinculada no campo da atuação a regramentos positivados, sendo passível de ingerências em havendo abusos e ilegalidades, que na concepção de Estado Democrático, está legitimado ao Poder Judiciário de forma extraordinária e provocada, sendo que tal interferência é reverenciada pela sociedade, tema que será abordado no próximo capítulo.

2 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE NO CONTEXTO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Em tendo sido criadas as políticas públicas para assegurar uma vida digna, e sendo essa uma responsabilidade imposta ao Estado, cujo mandatário agente político eleito pelo povo, como seu representante, quando esses programas governamentais não se materializam de forma adequada, o cidadão busca, como medida excepcional, o Poder Judiciário, sendo essa a via de asseguarção de seu direito.

Contudo, na conjuntura atual, há uma busca recorrente e, em partes, desmedida de direitos por meio de demandas judiciais, o que comprova a ineficiência do Estado no que tange as políticas públicas e enseja em uma reavaliação desse cenário, fato que será abordado no próximo capítulo quando se pretende discorrer acerca da inafastabilidade da prestação jurisdicional, limitações orçamentárias impostas ao Poder Público, além de alternativas na busca de soluções conjuntas entre os Poderes, preservando-se com isso a harmonia e independência entre eles.

2.1 O DIREITO À SAÚDE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: MÍNIMO EXISTENCIAL x RESERVA DO POSSÍVEL

A saúde como direito fundamental constitucional, confere aos indivíduos uma garantia de implementação das condições básicas para sua preservação ao passo que estabelece um inescusável dever de prestação por parte do Estado. Portanto, “[...] refere-se a um direito de todos, objetivo aspirado pelo ordenamento jurídico, tendo como ferramenta de implementação das políticas públicas e econômicas que alcancem uma proteção social plena.” (CASAL, 2009, p. 74).

Nessa esteira, a dignidade da pessoa humana, elencada no artigo 1º, inciso III da CF/88, constitui-se como fundamento da República Federativa do Brasil, e um dos alicerces para o qual as políticas públicas deverão ser voltadas, no intuito de assegurar uma vida digna a toda a população (BRASIL, 1988).

Como forma de se reforçar a proteção aos indivíduos, positivou-se o princípio da universalidade de cobertura e atendimento, expresso no artigo 194, inciso I, da CF/88, que emana em sua essência, a garantia de proteção aos que necessitarem.

Essa proteção será assegurada sem distinção entre estes necessitados com relação a critérios financeiros, sociais, inferindo-se, com relação a este princípio, como se depreende do termo universalidade, o enfoque em se beneficiar a coletividade em detrimento da individualidade (BRASIL, 1988).

Quanto aos direitos fundamentais, constitucionalmente expressos, leciona Cunha Júnior, que estes direitos pressupõem aplicabilidade direta e imediata³, não sendo condicionados a nenhuma excludente que possa afastar sua prestação, por serem direitos subjetivos:

[...] que investem seus titulares de posições jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações negativas ou positivas. Estas prestações, com supedâneo no direito fundamental à efetivação da Constituição, podem ser exigidas direta e imediatamente do Estado ou de qualquer outro eventual destinatário da norma (que tenham, ambos, um dever jurídico) e, se não realizadas espontaneamente (violação do direito), outorgam ao titular do direito a prerrogativa de requerer-lhes o cumprimento até mesmo judicialmente. (BARROSO, p. 105 apud CUNHA JÚNIOR, 2008, p. 285).

Sendo assim, ao Estado cabe pautar suas ações no intuito de assegurar a concretização destas garantias constitucionais, a fim de assegurar a prevalência da dignidade da pessoa humana. Nesta via, a dignidade da pessoa humana, deve prefaciara todas as tomadas de decisões do julgador, por seu *status* constitucional, uma vez que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Entretanto, esse preceito fundamental caracteriza-se pela sua abertura conceitual e de conteúdo, sujeito a interpretações subjetivas por não ser uma expressão de significado objetivo.

Para Barroso, “[...] apesar do grande apelo moral e espiritual da expressão, sua grande vagueza tem feito com que ela funcione, em extensa medida, como um espelho: cada um projeta nela a sua própria imagem, os seus valores e convicções [...]” (BARROSO, 2015, p. 284-285).

Depreende-se, a partir de tal explanação, a margem passível de discricionariedade e contradições a depender da concepção pessoal do Juiz, passível de sofrer as consequências de abordagens solipsistas⁴. Nesse cenário, é

³“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata”, conforme disciplina do parágrafo 1º do Art. 5º da CF/88, portanto, inafastáveis.(BRASIL, 1988).

⁴O solipsismo, concepção de origem filosófica, afigura-se como sendo o pensamento de que todas as ações humanas estão intrincadas pela consciência do homem, portanto, predominantemente

uníssono o entendimento quanto à dificuldade de conceituar a dignidade humana, pois:

Implica enfrentar uma séria de problemas decorrentes do próprio conceito de pessoa. A dignidade pode ser definida como *status* ou condição que atribui a determinado ser um conjunto de direitos decorrentes de características relevantes que necessitam ser protegidas e resguardadas contra a ação de outrem ou de si mesmo [...]. (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2009, p. 64).

No que tange ao direito à saúde bem como o dever de o poder público implementar políticas públicas que garantam a dignidade da pessoa humana, não há dúvidas que são direitos inarredáveis, expressos na Constituição Federal. Assim, diante da omissão do Poder Executivo e Legislativo, o Judiciário quando provocado, deverá prestar a tutela jurisdicional de forma a não deixar as pessoas desamparadas.

Nesse contexto, não se pode deixar de teorizar aquilo que se tem parametrizado pela doutrina e jurisprudência, como sendo as condições mínimas para a subsistência digna da pessoa, qual seja, o famigerado mínimo existencial.

Para Barroso, em um conceito breve, o mínimo existencial que possibilita a asseguaração da dignidade humana implica no valor essencial do ser humano, na liberdade do indivíduo cerceada por determinadas limitações impostas pelo Estado em prol de valores sociais de toda a comunidade (BARROSO, 2015).

A concretização do provimento ao mínimo existencial tem sido fundamento de decisões do Supremo Tribunal Federal, quando é defendida a legitimidade da intervenção judicial para garantia desse princípio, conforme observa-se no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 642536:

[...] 2. A controvérsia objeto destes autos – possibilidade, ou não, de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a adoção de providências administrativas visando a melhoria da qualidade da prestação do serviço de saúde por hospital da rede pública – foi submetida à apreciação do Pleno do Supremo Tribunal Federal na SL 47-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 30.4.10. 3. **Naquele julgamento, esta Corte, ponderando os princípios do “mínimo existencial” e da “reserva do possível”, decidiu que, em se tratando de direito à saúde, a intervenção judicial é possível em hipóteses como a dos autos, nas**

subjetivista, refletindo-se diretamente no planeta. Mostra-se dessa forma, em ações individualistas, pautadas em concepções pessoais emanadas na sua vontade. “[...] No direito, em face do lugar da fala e da sua autoridade, o Juiz pensa que pode – e, ao fim e ao cabo, assim o faz – assujeitar os sentidos dos textos e dos fatos [...]” (STRECK, p. 277, 2017).

quais o Poder Judiciário não está inovando na ordem jurídica, mas apenas determinando que o Poder Executivo cumpra políticas públicas previamente estabelecidas. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2013, a) [grifo nosso].

Em se tratando de demandas judiciais envolvendo a saúde, o princípio do mínimo existencial para que possa ser confrontado com o da reserva do possível, exige uma análise detida na qual deve ficar demonstrada a necessidade do tratamento, a inexistência de outro meio alternativo eficiente e menos oneroso, bem como a impossibilidade do paciente arcar com o tratamento médico (PENA, 2011).

Resta comprovado tratar-se de entendimento sedimentado no sentido de que cabe ao Estado garantir o mínimo existencial, conforme comprovado em julgamento do Agravo Regimental nº 223, julgado no ano de 2008, pelo Superior Tribunal de Justiça:

[...] O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - **A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA** (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO.(SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008, b) [grifo nosso].

Inferese que há uma deturpação na invocação desse princípio que, por vezes, passa a ser o único fundamento para toda e qualquer negativa de prover direitos. Entretanto, nesse sentido, questiona-se se o direito fundamental à saúde e à dignidade da pessoa humana são ilimitados e preponderantes, a ponto de se

primar em certa medida, pelo interesse individual em detrimento do interesse coletivo. Portanto, a necessidade de rever os fins de atuação da Administração Pública, que deverá ser o do interesse público, eixo que é dado pelas políticas públicas.

Nessa lição, tem-se o princípio da reserva do possível, que tolera que o ente público deixe de prover alguma política pública se conseguir demonstrar que a obrigação foge do razoável, ou é demasiadamente onerosa a ponto de comprometer a estabilidade financeira, capaz de refletir negativamente para a coletividade.

Para Pena, “[...] a gratuidade das prestações materiais na área da saúde não é assegurada a todas as pessoas, tampouco em qualquer situação.” (PENA, 2011, p. 21). Sendo assim, a aplicabilidade da teoria da reserva do possível deverá ser analisada sob o prisma da razoabilidade da pretensão almejada, adequação e necessidade, em que serão ponderados os recursos financeiros escassos em face das necessidades pessoais ilimitadas, na qual o juiz de forma racional deverá analisar o impacto de sua decisão sob o viés tanto econômico quanto social (MÂNICA, 2015).

Nesse sentido, ao ponderar-se o princípio do mínimo existencial com o princípio da reserva do possível, torna-se emblemático encontrar a solução ideal ao caso em concreto, mesmo que: “[...] a reserva do possível não prevaleça sobre o mínimo existencial, não se pode esquivar da observação ao princípio da reserva do orçamento.” (PENA, 2011, p. 09).

É evidente que o mínimo existencial, como direito fundamental é inafastável a parâmetros que o relativizem, contudo, a Administração Pública se sujeita a dotações orçamentárias. Nessa via, o princípio da reserva do possível “[...] não pode servir como obstáculo intransponível para sua efetivação, mas deve ser levado em conta no processo de ponderação de bens.” (PENA, 2011, p. 12).

Nesse contexto fático, papel fundamental desempenha o Julgador ao tomar sua decisão quanto à imposição de determinada política pública, em uma confrontação com a efetividade da medida, necessidade de quem a invoca e custo financeiro dispendido, sendo:

Em última análise, a aplicação da *teoria da reserva do possível* implica reconhecer, de um lado, a inexistência de supremacia absoluta dos direitos fundamentais em toda e qualquer situação; de outro, a inexistência da supremacia absoluta do princípio da competência orçamentária do legislador e da competência administrativa (discricionária) do Executivo

como óbices à efetivação dos direitos sociais fundamentais [...] (MÂNICA, 2015, p. 18).

Então, questiona-se em como trazer a lume uma situação na qual se relevaria a utilização do princípio da reserva do possível em detrimento da asseguarção de um direito fundamental. Nesse cenário seria justificável, por exemplo, quando se trata de doença incurável, de alto custo financeiro, na qual a manutenção da vida torna-se temporária e ineficaz e, para tanto absorva, recursos financeiros escassos e limitados (PENA, 2011).

Contudo, dificilmente os governos conseguem demonstrar a inviabilidade em concretizar direitos fundamentais, por isso encontram dificuldade no acolhimento do princípio da reserva do possível nas demandas judiciais, conforme se vislumbra em Recurso de Apelação nº 70076272160 do Tribunal Gaúcho:

[...] Princípio da reserva do possível. Inaplicabilidade do Princípio da Reserva do Possível, pois não foi demonstrado que o Município não dispõe de recursos públicos suficientes ao custeio da vaga. Princípio da separação dos poderes. O reconhecimento do direito à vaga em creche não fere o Princípio da Separação dos Poderes, na medida em que o Judiciário apenas está assegurando o cumprimento de norma constitucional, flagrantemente violada pelo ente público. (ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2018, a).

Para Barroso, caberia ao Estado fornecer ao cidadão medicamentos de alto custo, não incluídos na lista básica do SUS, somente quando o indivíduo não possuir capacidade financeira para arcar com as despesas, nem haver familiar que possa supri-la e que este não possa ser substituído por uma medicação similar, com custo inferior. Nesses casos, aponta que deverá haver uma ação conjunta entre Judiciário e órgãos com conhecimento técnico.

O reconhecimento do direito individual ao fornecimento, pelo Estado, de medicamento de alto custo, não incluído em política nacional de medicamentos ou em programa de medicamentos de dispensação em caráter excepcional, constante de rol dos aprovados, depende da demonstração da imprescindibilidade — adequação e necessidade —, da impossibilidade de substituição, da incapacidade financeira do enfermo e da falta de espontaneidade dos membros da família solidária em custeá-lo, respeitadas as disposições sobre alimentos dos artigos 1.649 a 1.710 do Código Civil e assegurado o direito de regresso. (BARROSO, 2015).

Em seu voto, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 566.471, o Ministro Barroso, do Supremo Tribunal Federal, definiu alguns critérios a serem observados

no caso de fornecimento, por parte do Estado, de medicamentos sem registro na Anvisa, bem como nos casos de valores exorbitantes, a saber:

1. Como regra geral, o Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) por decisão judicial. O registro na Anvisa constitui proteção à saúde pública, atestando a eficácia, segurança e qualidade dos fármacos comercializados no país, além de garantir o devido controle de preços.

2. No caso de **medicamentos experimentais**, *i.e.*, sem comprovação científica de eficácia e segurança, e ainda em fase de pesquisas e testes, **não há nenhuma hipótese em que o Poder Judiciário possa obrigar o Estado a fornecê-los**. Isso, é claro, não interfere com a dispensação desses fármacos no âmbito de programas de testes clínicos, acesso expandido ou de uso compassivo, sempre nos termos da regulamentação aplicável.

[...]

Afirmção, em repercussão geral, da seguinte tese: **“O Estado não pode ser obrigado a fornecer medicamentos experimentais, sem eficácia e segurança comprovadas, em nenhuma hipótese. Já em relação a medicamentos não registrados na Anvisa, mas com comprovação de eficácia e segurança, o Estado somente pode ser obrigado a fornecê-los na hipótese de irrazoável mora da Agência em apreciar o pedido de registro (prazo superior a 365 dias), quando preenchidos três requisitos: (i) a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil; (ii) a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e (iii) a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil. As ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na Anvisa deverão necessariamente ser propostas em face da União.”**. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007, b) [grifo nosso].

Acrescenta o julgador que não existe orçamento capaz de suportar o fornecimento de todo e qualquer medicamento prescrito, sendo necessário se estabelecerem critérios capazes de amortizar a judicialização da saúde. Para tanto, sugere o preenchimento de cinco requisitos cumulativos, quais sejam:

[...] (i) a incapacidade financeira de arcar com o custo correspondente; (ii) a demonstração de que a não incorporação do medicamento não resultou de decisão expressa dos órgãos competentes; (iii) a inexistência de substituto terapêutico incorporado pelo SUS; (iv) a comprovação de eficácia do medicamento pleiteado à luz da medicina baseada em evidências; e (v) a propositura da demanda necessariamente em face da União, já que a responsabilidade pela decisão final sobre a incorporação ou não de medicamentos no âmbito do SUS é, em regra, desse ente federativo. (BARROSO, 2015).

Por outro lado, ao se analisar as questões de fundo acerca da temática, ressalta Barroso que a solidariedade está enfraquecida no seio social e até mesmo nas relações familiares, espera-se que o Estado seja totalmente assistencialista. Acrescenta que, “[...] o predicado solidariedade está mesmo em falta, em desuso, à

margem da vida das pessoas. Por vezes não existe sequer quando verificado vínculo sanguíneo.” (BARROSO, 2015).

Comunga desse entendimento Bauman, ao discorrer quanto aos efeitos da globalização na sociedade, onde impera o individualismo e o materialismo, sendo que as pessoas não encontram proteção por parte do Estado e sentem-se abandonadas à própria sorte. Assim, “[...] os vínculos humanos são confortavelmente frouxos, mas, por isso mesmo, terrivelmente precários, e é tão difícil praticar a solidariedade quanto compreender seus benefícios, e mais ainda suas virtudes morais.” (BAUMAN, 2007, p. 30).

A partir do exposto, infere-se a complexidade da questão, visto que envolve a saúde e qualidade de vida de cidadãos que se sujeitam a (in)eficazes, gestões políticas (in)capazes de bem aplicar orçamentos deficitários e condicionados a recorrentes ingerências do Poder Judiciário com bloqueios judiciais de valores em imposições de prestações.

Afigura-se a necessidade de alteração desse panorama, pois uma vida humana não pode estar atrelada ao arbítrio e morosidade da tramitação de uma demanda judicial, além de essa não ser a via adequada para a solução do problema. Diante desse cenário, pretende-se discorrer na próxima seção acerca da crescente judicialização das políticas públicas e a intervenção que acontece pela provocação da via judicial.

2.2 A JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A SAÚDE E A NÃO INTERVENÇÃO ENTRE PODERES

O Estado Democrático de Direito em sua tripartição de poderes e competências mostra-se um modelo político bem delineado em uma separação de funções equilibrada que em sendo eficiente cada qual em sua gestão, garantiria aos cidadãos o atendimento de suas expectativas e necessidades. Todavia, não é o que se apresenta na contemporaneidade em que há uma crise de representatividade, especialmente política.

Parece haver uma crise de representatividade assim como uma crise de cidadania, pois “[...] não podemos estar seguros de nossos direitos pessoais se não formos capazes de exercer direitos políticos [...]”. (BAUMAN, 2007, p. 68). Ditos

direitos se materializam no momento da eleição dos representantes políticos, e se perfectibilizam com uma efetiva participação popular na gestão estatal.

Acerca da divisão e independência dos Poderes, leciona Moraes ainda que:

Para evitar o arbítrio e o desrespeito dos direitos fundamentais, as Constituições preveem a existência dos poderes do Estado independentes e harmônicos entre si, dividem as funções estatais e criam mecanismos de controle recíprocos como meios de garantia da perpetuidade do Estado Democrático de Direito. (MORAES, 2003, p. 72 apud CAMBI, ZANINELLI, 2017, p. 96).

As três esferas dos poderes, quais sejam, Executivo, Legislativo e Judiciário, constituem um poder estatal uno, que pertence ao povo, conforme expressa o artigo 1º, Parágrafo Único, da Carta Republicana de 1988, o qual dispõe que todo o poder emana do povo, entretanto, subdividem-se as funções para melhor efetividade, equilíbrio e imparcialidade do sistema, segundo vaticina Montesquieu:

[...] Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou mesmo o senado, apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais ou dos nobres, ou do povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos. (MONTESQUIEU, 1973, p. 157)

O Poder Judiciário mostra-se essencial para a busca da concretização de direitos das pessoas desassistidas em momentos de extrema vulnerabilidade, tais como aqueles em que as condições de saúde dos indivíduos se tornam precárias e o tratamento que poderia curar suas doenças lhes são negados no âmbito das estruturas do Poder Executivo, responsáveis pela realização de tais políticas públicas, muitas vezes sem motivo razoável⁵ (BUCCI, 2006; CAMARGO, 2016; SILVA, 2009).

Entretanto, é de domínio público que em um país no qual a assistência à saúde é muito deficitária e o Executivo não consegue efetivar os direitos sociais

⁵ De se notar que, tanto a motivação quanto a razoabilidade constituem-se em princípios norteadores da Administração Pública, expressamente previstos no art. 2º da Lei 9.784/99.

expressos em seu texto constitucional, acaba-se provocando recorrentes demandas judiciais, a resultar em interferências na relação entre os Poderes, aptas a gerar até mesmo, eventual desequilíbrio na autonomia e separação dos poderes (BONAVIDEZ, 2015)⁶.

Tão relevante é a autonomia entre os Poderes, num contexto de Estado de Direito, que o legislador constituinte brasileiro tratou de dispor, no artigo 60, § 4º, inciso III, da Constituição Federal, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir a separação dos poderes, elevando-a para o patamar de cláusula pétrea (BRASIL, 1988)⁷.

É mister salientar que, é o Poder Executivo o responsável pela realização das políticas públicas que irão garantir a efetividade dos direitos sociais à população. Contudo, quando o Estado não consegue prover estes direitos, faz nascer para o cidadão a alternativa de acessar o Poder Judiciário, para assegurar seus direitos. (BUCCI, 2006; CAMARGO, 2016; SILVA, 2009).

Diante do quadro atual da judicialização das políticas públicas no Brasil, mostra-se notório que o Executivo não está sendo efetivo em atender as demandas sociais. Não seria desarrazoado supor que se a população tivesse, mesmo que minimamente, seus direitos fundamentais garantidos, não haveria a necessidade de acessar o Poder Judiciário com tanta frequência, na busca dos serviços, bens e utilidades públicas mais elementares, garantidoras de um mínimo existencial⁸.

Seguindo a mesma vertente do conflito de interesses entre o público, particular e o coletivo, busca-se uma harmonização, tanto pela racionalidade quanto pela adequação ao caso em concreto, ao ponto que possa gerar um equilíbrio satisfatório, de tal sorte, que o interesse coletivo, que é o que deve reger toda

⁶ O Princípio da separação dos poderes, utilizando-se do entendimento de Bonavides, “[...] é de solidez inafastável, tendo atravessado o Império e a República, mantendo a mesma relevância que gozam as garantias constitucionais da liberdade. Hodiernamente é revestido pelo manto constitucional, sem a rigidez do passado, tendo uma relevância jurídica no patamar de valores inquestionáveis e que permanecem intactos, protegidos de relevantes questionamentos doutrinários [...]” (BONAVIDES, 2015).

⁷ “[...] Também denominadas de normas supereficazes, com eficácia absoluta e intangíveis, não havendo contra elas nem mesmo o poder de emenda. Elas contêm uma força paralisante total de qualquer legislação em sentido contrário, vedando, inclusive, o processo de reforma constitucional [...]” (DINIZ apud JÚNIOR, 2008, p. 101).

⁸ Utilizando-se da conceituação de Ana Paula de Barcellos, mínimo existencial é atingido através de uma série de elementos materiais primordiais, que em não sendo supridos, restará ferida a dignidade de qualquer indivíduo (BARCELLOS apud BARROSO, 2015).

conduta da tripartição dos poderes, seja preservado (BUCCI, 2006; CAMARGO, 2016; SILVA, 2009).

Nesta senda, o Judiciário, por sua vez, diante de lesão ou ameaça de lesão à direito - no caso em relação à prestação do serviço de saúde pública - em atendimento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, elencado no artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88, deve prestar a tutela jurisdicional almejada (BRASIL, 1988).

Entretanto, neste tema, faz-se necessária a ponderação de princípios e de interesses, em tal medida, que se consiga um equilíbrio dentro da realidade financeira e orçamentária do ente público e a efetivação das demandas dos indivíduos (BRASIL, 1988).

Com relação aos princípios, Robert Alexy, muito bem define o seu alcance e aplicação no caso concreto, conforme se destaca:

Princípios exigem que **algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes**. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*. Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas [...] (ALEXY, 2008. p. 104). [grifo nosso].

Nesse prisma, fica evidente a importância do julgador na análise do caso em concreto e da necessidade de fundamentação⁹, pois cada caso deve ser analisado em sua particularidade e os princípios não podem ser utilizados indiscriminadamente, de forma genérica, sem uma fundamentação adequada, especialmente em uma sociedade carente de recursos públicos e que não consegue prover os direitos mais elementares à coletividade, quiçá suprir as necessidades de forma individualizada (BUCCI, 2006; CAMARGO, 2016; SILVA, 2009).

⁹ “[...] não interpretamos para compreender. Ao contrário, compreendemos para interpretar. Também a interpretação não acontece em tiras (as três subtilitas – intelligendi, explicandi e aplicandi – estão superadas). Ela se manifesta na applicatio (aplicação). Por isso, fundamentação e decisão são co-pertinentes. **Ninguém fundamenta primeiro para depois decidir, simplesmente porque, no momento em que decide, já aconteceu a fundamentação.** Esse é o círculo hermenêutico (hermeneutische Zirkel), que quer dizer que, de algum modo, o intérprete sempre está à frente de si mesmo, porque a sua condição de existente antecipa sentidos. Definitivamente, a interpretação não é um ato de vontade. A partir da hermenêutica, enfim, da Crítica Hermenêutica do Direito, nem de longe é possível dizer isso.” (STRECK, 2013, p. 13). (grifo nosso).

O protagonismo judiciário¹⁰ deve ser parte da solução, mas, como afirma Luis Roberto Barroso, “[...] ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura [...]” (BARROSO, 2009, p. 19 apud CAMBI; ZANINELLI, 2017, p. 99).

Não obstante, alerta o constitucionalista que parcela da responsabilidade pela morosidade das demandas judiciais reside no fato de se permitir uma poética busca de asseguarção de direitos através do Judiciário, salientando que essa falseada prestação jurisdicional frustra direitos quando não garante a razoável duração do processo (CONSULTOR JURÍDICO, 2017).

Nesse ensejo, pode ocorrer a inversão de papéis, com o Executivo – que deveria conduzir as políticas de saúde – sucumbindo à indiscriminada judicialização das políticas públicas, ou seja, o Judiciário é quem determina, em certa medida, a aplicação dos recursos públicos no que tange à saúde (BUCCI, 2006; CAMARGO, 2016; SILVA, 2009).

O indiscriminado contingenciamento orçamentário, determinado na via judicial, pode redundar na mitigação das possibilidades de planejamento orçamentário e controle na gestão financeira, ao passo que, também, pode afrontar o princípio da universalidade do acesso aos serviços públicos, gerando, por consequência, quebra da isonomia na efetivação desta política pública (CAMBI; ZANINELLI, 2017).

Acerca desta questão, assinalam Costa e Rodrigues:

As decisões políticas dos tribunais têm o condão de impactar a estruturação, planejamento e execução das políticas públicas no âmbito do Executivo, tendo em vista que cada uma das decisões pode atender às necessidades particulares e imediatas do jurisdicionado, mas globalmente, impede a otimização das possibilidades estatais de efetivar políticas públicas mais abrangentes. (COSTA; RODRIGUES, 2012, p. 27-28).

¹⁰ Neste aspecto importa atentar para ressalva de Streck, para quem “[...] Em boa parcela desses pleitos, julgados por intermédio de ADIns, ADPFs e HCs, a resposta do STF foi invasiva, por vezes ingressando nas competências dos demais poderes (não importa, aqui, se esses “demais poderes” “mereceram” essa invasão ou não, em face de suas inércias). Aliás, isso pode não ser de todo um mal. Talvez o grande problema esteja na distinção entre judicialização e ativismo. A primeira acontece porque decorre de (in)competências de poderes e instituições, abrindo caminho-espaco para demandas das mais variadas junto ao Judiciário; a segunda é, digamos assim, behaviorista, dependendo da visão individual de cada julgador. A judicialização pode ser inexorável; o ativismo não. O ativismo não faz bem à democracia.[...]” (STRECK, 2013, p. 6).

Em que pese esta lúdima preocupação, existe a necessidade de o Judiciário intervir em casos excepcionais, sobretudo quando há reiterada omissão do Executivo. Todavia, esta prudência não se observa diante das demandas judiciais contra a Fazenda Pública, em escala significativamente crescente, fato preocupante inclusive pela área médica, uma vez que o magistrado não possui conhecimento científico para embasar uma decisão. No mesmo norte, ressalta Camargo, que:

[...] um simpósio promovido pela Academia Nacional de Medicina, propôs uma força-tarefa com criação de câmaras técnicas especializadas que deem aos magistrados os instrumentos que permitam uma racionalização no deferimento dessas demandas. (CAMARGO, 2016, p. 2).

Complementa o autor que, sem a criação desta força-tarefa, a já deficitária saúde pública brasileira falirá, enfatizando, que “[...] a racionalidade não pode permitir que o interesse individual se sobreponha ao coletivo.” (CAMARGO, 2016, p. 2). Sobretudo por que a razão deverá prevalecer nas decisões judiciais, especialmente quando envolve os desfavorecidos, para os quais a lide em face do Estado, apresenta-se como um elo entre sobreviver ou morrer (CAMARGO, 2016).

Ademais, cabe questionar se o Judiciário, hodiernamente, dispõe de mecanismos técnicos que o auxilie na prestação da tutela jurisdicional adequada, especialmente com relação à saúde, visto que seus agentes não possuem o conhecimento científico para tal e sentenciando no sentido de o Executivo prover a pretensão almejada, pode acabar, por vezes, beneficiando o interesse individual em detrimento do interesse coletivo.

Nota-se que é essencial haver um entendimento firmado com parâmetros pré-estabelecidos para que o juiz tenha por norte em seus julgamentos, assim como o direito em pleitear em juízo encontre ponderações, pelas quais, de pronto, o demandante saiba o que pode pleitear em juízo, e não como hodiernamente, situação em que se busca a prestação jurisdicional para o fornecimento de toda e qualquer medicação, inclusive experimental, sem comprovação de eficácia e registro nos órgãos estatais.

Reza esse julgamento que após cada decisão com trânsito em julgado haja um estudo de viabilização de fornecimento da medicação pelo Sistema Único de Saúde, o que garante que a medida em que os tratamentos inovadores surjam, em havendo viabilidade, sejam incorporados a lista de remédios que o SUS fornece.

O caminho a ser seguido para o fornecimento de medicação pelo Estado está traçado a partir de então, com isso, trazendo mais segurança jurídica, visto haver critérios uniformes a serem seguidos, bem como, a possibilidade do ente público rever constantemente os medicamentos aos quais fornece, em uma reciclagem que irá beneficiar a todos.

Rocha traz um instigante questionamento com relação ao princípio da integralidade, estampado no artigo 198, inciso II da Carta da República, diretriz constitucional do SUS, no que tange aos parâmetros estabelecidos para o fornecimento de medicamentos, quanto aos seus efeitos, se oferecerão respostas apropriadas para as demandas que tramitam no Poder Judiciário (ROCHA, 2018).

Explana o autor, que se pode adentrar em um caminho de duas vias, sendo uma a do alargamento do dito princípio e a outra na de sua limitação, uma vez que é notória a demora no processo de registro de medicamentos até mesmo utilizados e testados mundialmente (ROCHA, 2018).

Acrescenta Rocha que, com a necessidade de estudo de viabilidade de fornecimento de medicamento, pelos órgãos responsáveis, poderá incorrer-se em erros que levarão ao alargamento do princípio da integralidade, movidos por forças mercantis no que chama de “pressões especulativas”, que movimentam todo o mercado ligado à saúde (ROCHA, 2018).

Não obstante, cumpre destacar recente e relevante inovação legislativa, que impacta sobre as decisões administrativas e judiciais (refletindo na judicialização), qual seja, a Lei 13.655 de 25 de abril de 2018, que incluiu dez artigos no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro- LINDB) e que, em suma, obrigará o julgador a quando decidir, argumentar e avaliar o impacto de suas decisões para quem deverá cumpri-la (BRASIL, 2018).

Nesse rumo, o artigo 20 do diploma supracitado exige que quando o direito pleiteado envolver a esfera administrativa, controladora e judicial, a decisão não poderá motivar-se em valores jurídicos abstratos, sem que sejam mensuradas as implicações fáticas da decisão (BRASIL, 2018).¹¹

Outro aspecto significativo a ser ressaltado, incidente à discussão posta, diz respeito ao novo artigo 22 da LINDB, que parece alargar a possibilidade

¹¹ Leciona Freitas que valores jurídicos abstratos seriam: “[...] conceitos genéricos não ligados ao caso concreto, que poderiam justificar tudo a qualquer tempo, sem relação com a realidade fática.” (FREITAS, 2018).

hermenêutica, quando disciplina que a interpretação da norma deverá ser pautada nos obstáculos impostos ao administrador público, na concretização de direitos, além de prever um período de transição para sua implementação, em claro privilégio à segurança jurídica, à proporcionalidade e à razoabilidade, conforme disposto em seu artigo 23 (BRASIL, 2018).

Tais inovações vêm para auxiliar no equacionamento da desmedida judicialização ora enfrentada o que permite maior racionalidade decisória, para que o Estado, enquanto responsável por prover as necessidades básicas da população, possa cumprir com as contraprestações vinculadas às contribuições de seus cidadãos.

Assim, uma vez criada a política pública, derivada de um estudo de viabilidade, ela deverá ser disponibilizada à população, tal como a do *Home Care* que será abordará no próximo capítulo.

3 A POLÍTICA PÚBLICA DO *HOME CARE*

O ambiente hospitalar, via de regra, é utilizado por um indivíduo de forma transitória, quando por alguma dificuldade com relação à sua saúde terá que receber uma assistência por profissionais da área. Entretanto, existem casos em que esta internação se faz necessária em períodos prolongados, o que sabidamente se torna extremamente penoso, tanto para o paciente quanto para os seus familiares.

A partir de tais necessidades, surgiu a normatização da política pública referente ao tratamento de saúde domiciliar, chamado *Home Care*, que se trata de um serviço disponibilizado a um paciente que necessita de cuidados especiais e intensivos e que poderá recebê-los em seu ambiente domiciliar, durante 24 horas por dia. O grande objetivo deste tratamento é o de proporcionar uma forma mais humanizada e econômica de oferecer este serviço, o que se torna benéfico tanto para o paciente quanto para o Estado (SAMPAIO; IMAI, 2017).

A referida política deverá ser analisada em sua particularidade, caso a caso, em uma dialética entre viabilidade e possibilidade, na qual se impõe a verificação das condições clínicas do paciente tanto quanto o aporte financeiro envolvido, visto que o sentido da disponibilização desse serviço é o de proporcionar um serviço humanitário aliado a um menor custo econômico para o orçamento público.

Entretanto, tem-se percebido que através da via judicial pacientes recebem esse tratamento apesar do alto custo financeiro dispendido, o que vai de encontro com a motivação da disponibilização desse serviço, no qual a análise econômica do direito poderia contribuir significativamente, confrontando-se custo x benefício, para que as decisões sejam tomadas à luz da racionalidade, razoabilidade, eficácia e proporcionalidade.

Em razão da importância desse programa, bem como do desconhecimento por parte da maioria da população dessa política, no próximo capítulo pretende-se abordar o tratamento do *Home Care*, e seu cotejo com a análise econômica do direito, trazendo a análise jurisprudencial de um caso, no qual houve o deferimento, através da via judicial, desse tratamento, apesar do alto custo financeiro envolvido.

3.1 A POLÍTICA PÚBLICA DO *HOME CARE* E SEU COTEJO COM A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Um aspecto relevante, no que tange à definição e execução das políticas públicas, e que começa timidamente a tomar corpo na conjuntura atual é o referente à necessidade de se ter em conta, em ambos os momentos, a análise econômica do direito.

Esta teoria, segundo Coura, busca na economia subsídios para otimizar ações, resultando em ganhos financeiros, tendo sido um dos fundamentos utilizados pelo Ministro Salomão, do Superior Tribunal de Justiça, no recurso especial sob o nº 1.162.283, em um julgamento no ano de 2015, relativo ao reequilíbrio contratual de financiamento habitacional, quando defende a conexão das ciências jurídicas e econômicas (COURA, 2017).

Nesse julgamento, o aludido Ministro argumentou que a análise econômica do Direito permite uma maior previsibilidade, que se transforma em segurança nas operações econômicas e sociais, tornando os setores públicos e privados mais sustentáveis, com instituições mais sólidas que vão reforçar, não só a economia do país, como também a própria sociedade, mesmo que indiretamente (COURA, 2017).

Acrescenta o Ministro que deverá haver um intercâmbio entre as ciências jurídica e econômica, não a exclusão de uma pela outra. Portanto, infere-se que a ciência jurídica deve complementar-se pela econômica, no ponto em que poderá contribuir, ou seja, interesses individuais ilimitados confrontando com recursos finitos.

Notadamente o Brasil, por sua ampla extensão territorial e geografia heterogênea, constitui-se em um desafiador projeto administrativo governamental. Por mais abrangente que sejam a norma jurídica e as políticas públicas, há uma necessidade de adequação, dentro do contexto social no qual ela será inserida, que impacta na eficiência do agente político. É nesse aspecto que a Análise Econômica do Direito-AED, poderia contribuir com um estudo técnico e detido na realidade do local e/ou regional

Gico Jr. conceitua a AED como:

[...] o campo do conhecimento humano que tem por objetivo empregar os variados ferramentais teóricos e empíricos econômicos e das ciências afins para expandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o

desenvolvimento, a aplicação e a avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências. (GICO JR, 2014, p. 1).

Notadamente, um trabalho que não se faz sozinho, porém por meio de uma conjunção de esforços e diálogo entre as ciências envolvidas, algo complexo diante da sistemática atual em que inexistente interdisciplinariedade, permanecendo tanto o legislador quanto o julgador, soberanos em suas decisões, por vezes apartados da realidade econômica tanto da Administração Pública, quanto da expressiva maioria da população.

A AED é a ciência que pesquisa como a pessoa humana reage em um espaço limitado de recursos, quais decisões toma e os seus consequentes efeitos, isso porque se constitui em uma ferramenta que segue um método no qual despreza-se o senso comum e a intuição, pois utiliza-se de dados com os quais analisa-se a causa e o efeito, levantando-se proposições sobre o impacto das leis na conduta humana, o que torna-o empírico, pois “[...], a escassez dos bens impõe à sociedade que escolha entre alternativas possíveis e excludentes.” (GICO JR., 2014, p. 19).

Além disso, é considerada maleável, para amoldar-se em realidades diversas congregando a inter e transdisciplinariedade, nesse sentido:

[...] a AED pode contribuir para (a) a identificação do que é injusto – toda regra que gera desperdício (é ineficiente) é injusta – e (b) é impossível qualquer exercício de ponderação se quem o estiver realizando não souber o que está efetivamente em cada lado da balança, isto é, sem a compreensão das consequências reais dessa ou daquela regra. A juseconomia nos auxilia a descobrir o que realmente obteremos em determinada política pública (prognose) e o que estamos abrindo mão para alcançar aquele resultado (custo de oportunidade). Apenas detentores desse conhecimento seremos capazes de realizar uma análise de custo-benefício e tomarmos a decisão socialmente desejável. (GICO JR, 2014, p. 28).

Assim, quando a decisão envolve o direito à vida, nas palavras do conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica- CADE, Alexandre Cordeiro, as escolhas são trágicas, contudo “[...] a vantagem da análise econômica do Direito é conseguir medir o impacto das decisões e das normas [...]” (COURA, 2017).

Notadamente, a análise econômica do direito é fundamento de decisões, como no trecho de Acórdão em Apelação inscrita sob o nº 70077089860, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que trata da teoria do risco concorrente:

[...] Caso se examine a questão sob a ótica da análise econômica do direito, pode-se invocar a doutrina do *cheapest cost avoider*. Esta doutrina defende a idéia de que um critério objetivo para minimizar perdas e evitar custos consiste em tentar identificar quem pode evitar o dano a um menor custo [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2018, b).

Com efeito, o que deverá prevalecer é a eficácia das ações administrativas que não deverão ser convalidadas quando se mostrarem ineficientes e excessivamente onerosas e, nesse caso, podendo ser afastadas, fundadas na lei e em consonância com os princípios gerais do direito, o que possibilitará uma maleabilidade fundamentada e sustentada na supremacia do interesse público em prol da coletividade, o que redundará na juridicidade qualificada.

Nessa perspectiva, Freitas leciona que o Direito Administrativo é composto de Direito Formal e Material, teoria e prática, dessa forma tão somente as regras não encontram respostas para toda a complexa atividade estatal. Assim:

O sistema administrativo não se constrói dotado de estreitos e definitivos contornos, sobretudo porque o dogma da completude não resiste à constatação de que as contradições e as lacunas acompanham as normas, à feição de sombras. Dado que a decisão administrativa transcende a esfera do discurso descritivo e da lógica formal em termos dedutivos, verifica-se que o formalismo não abarca o todo do fenômeno administrativo, em profundidade e extensão. (FREITAS, 2014, p. 76).

Nesse viés, se faz necessário uma análise detida sobre as políticas públicas que serão implementadas, não se concebendo programas sem um prévio estudo de sua viabilidade econômica e financeira, evitando-se que se institua programas de atendimento como o *Home Care*, de difícil implementação e que trazem grande repercussão social.

Tais políticas, não raro, sensibilizam a sociedade, sobretudo quando se trata tratamento de saúde de crianças com doenças raras, como é o caso jurisprudencial que será abordado na próxima seção, o qual, devido à sua excessiva onerosidade, está sendo custeado com recursos públicos, mediante decisões judiciais, primeiro em face do Município e Estado e, posteriormente em face da União, cujo processo se encontra em trâmite sem decisão definitiva.

O país pioneiro neste tipo de tratamento foi os Estados Unidos, quando no ano de 1947, na era pós-guerra, um grupo de enfermeiras reuniu-se e passou a cuidar de pacientes em seu ambiente domiciliar. Todavia foi no ano de 1960 que

este tratamento fortaleceu-se no intuito de afastar a hospitalização em razão da superlotação dos hospitais, e da insuficiência de vagas, diante de um quadro no qual existiam muitos doentes com sequelas da guerra, além do fator da longevidade e falta de recursos para construção de novos hospitais (SAMPAIO; IMAI, 2017).

Foi no mesmo período que surgiram os “*Nursing Home*”, até hoje existentes, que proporcionam um atendimento realizado especialmente por equipes de enfermagem a pacientes idosos, com algum tipo de patologia crônica, em estágio terminal. Devido ao grande sucesso deste tratamento, que reduziu os custos de 20% até a 70%, pensou-se em ampliar esta experiência para outros tipos de patologias, contudo, poucos eram os que podiam arcar com as despesas do tratamento domiciliar, o que acabou por torná-lo em um serviço elitizado (FALCÃO, 1999).

Dessa forma, as operadoras de planos de saúde dos Estados Unidos, com um olhar futurista e sob o viés econômico, passaram a oferecer este serviço a seus conveniados em razão da redução drástica das despesas com relação à forma usual de internação em um hospital (FALCÃO, 1999).

No Brasil, o tratamento domiciliar está regulamentado por meio de leis, resoluções e portarias, dentre as quais, a Lei 10.424/2002 que acrescentou o capítulo VI, sobre o atendimento e internação domiciliar; a Lei 8.080, de 1990, que trata do Sistema Único de Saúde (SUS); a Resolução COFEN, nº 270 de 2002 e a Portaria nº 629 de 2006 (SAMPAIO; IMAI, 2017). Todavia, este tratamento domiciliar, disciplinado na legislação brasileira não se materializa na forma do *Home Care*.

Embora existam inúmeros regramentos disciplinando o atendimento na área da saúde, é a Lei 8.080/90, que criou o Sistema Único de Saúde, o pilar central no qual todas as demais normativas, resoluções e portarias se apoiam. O referido diploma legal constitui-se no marco temporal a partir do qual criou-se um sistema de atendimento custeado pelo Estado, na área da saúde, conquista que beneficiou a coletividade (BRASIL, 1990).

A Lei 10.424/02, por seu turno, normatizou o subsistema de atendimento e internação domiciliar, no qual em seu artigo 19-I, estabeleceu-se a possibilidade de realização, na residência do paciente, de procedimentos médicos, de enfermagem, fisioterapêuticos, psicológicos e de assistência social, entre outros necessários ao cuidado integral em domicílio, a serem realizados por equipes multidisciplinares, que

atuarão nos níveis da medicina preventiva, terapêutica e reabilitadora, sendo uma inovação ao tradicional atendimento hospitalar. (BRASIL, 2002)

Contudo, foram as Resoluções COFEN (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM), nº 267/01 e 270/02, respectivamente, que aprovaram as atividades de Enfermagem *Home Care* e regulamentaram a atuação das empresas que prestam Serviços de Enfermagem Domiciliar - *Home Care*, visto haverem empresas que prestavam referido serviço sem regulamentação específica, sendo que se estabeleceu o quadro de profissionais e especialidades necessárias para prestação desse atendimento (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2001-2002).

Entretanto, é o anexo da Resolução COFEN, nº 267/01, quem define no que consiste o atendimento de enfermagem em *Home Care*, como sendo a prestação de serviços de saúde ao cliente, família e grupos sociais em domicílio, na modalidade assistencial, conservando a autonomia e o caráter liberal do profissional Enfermeiro (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2001-2002).

O anexo supracitado subdivide o atendimento em três níveis de complexidade, sendo considerado de menor complexidade o atendimento domiciliar caracterizado pela investigação do processo saúde/doença, no qual o cliente necessita de procedimentos técnicos-científicos de Enfermagem, relacionados às prevenções, promoções e manutenção do estilo de vida saudável (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2001-2002).

No nível de média complexidade, não se dá a caracterização de uma doença em curso, sendo que o enfermo necessita de procedimentos técnicos-científicos de Enfermagem que definirão o modelo assistencial aplicado à pessoa, visando a resolução do dano, invalidez e a reabilitação da patologia com retorno ao seu estado de vida (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2001-2002).

O terceiro nível, definido como de alta complexidade, é empregado quando o doente apresenta uma doença em curso, cujo atendimento em domicílio deverá ser multiprofissional, ficando assegurado a complexidade do especialista de Enfermagem em Domicílio - *Home Care* (CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM, 2001-2002).

Percebe-se flagrante resistência por parte das operadoras de planos de saúde em oferecer o tratamento na forma de *Home Care*, contudo o STJ tem se posicionado no sentido de determinar a concessão, desde que o custo do atendimento domiciliar por dia não superar o custo diário em hospital, conforme se

vislumbra no Agravo em Recurso Especial nº 1.016.162 – SP, julgado em maio de 2017:

[...] Ademais, acerca da controvérsia em torno da recusa da recorrente à cobertura do tratamento domiciliar pelo sistema home care, o acórdão reclamado deu solução à lide sob o seguinte enfoque: **É importante ressaltar que não há controvérsia acerca da necessidade da prestação de tais serviços.**[...] No caso, o Tribunal a quo decidiu de modo integral e com fundamentação suficiente à controvérsia posta, trilhando caminho no sentido de que, diante da gravidade do estágio atual da parte recorrida, há urgência/emergência para o tratamento, restando inequívoco que este deve ser na forma domiciliar (home care), **tratando-se, a recusa do plano de saúde, de ato ilegal e abusivo.**[...]. Mesmo nos casos de expressa exclusão da cobertura mediante o serviço de home care, tem sido reconhecida a abusividade dessa cláusula contratual. A propósito: [...] 1 - Polêmica em torno da cobertura por plano de saúde do serviço de "home care" para paciente portador de doença pulmonar obstrutiva crônica. 2 - O serviço de "home care" (tratamento domiciliar) constitui desdobramento do tratamento hospitalar contratualmente previsto que não pode ser limitado pela operadora do plano de saúde. [...]. 4- **Ressalva no sentido de que, nos contratos de plano de saúde sem contratação específica, o serviço de internação domiciliar (home care) pode ser utilizado em substituição à internação hospitalar, desde que observados certos requisitos como a indicação do médico assistente, a concordância do paciente e a não afetação do equilíbrio contratual nas hipóteses em que o custo do atendimento domiciliar por dia supera o custo diário em hospital.**[...]1. **As instâncias ordinárias, cotejando o acervo fático-probatório, concluíram que a recusa injustificada de cobertura a tratamento home care à beneficiária deu ensejo a indenização por dano moral. 2 Entende-se por abusiva a cláusula contratual que exclui tratamento prescrito para garantir a saúde ou a vida do beneficiário, porque o plano de saúde pode estabelecer as doenças que terão cobertura, mas não o tipo de terapêutica indicada por profissional habilitado na busca da cura.** (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2017, c) {grifo nosso}.

No mesmo norte decidiu o Egrégio Tribunal Gaúcho, conforme ementa de Agravo de Instrumento, inscrito sob o nº 70076288208, julgado pela Sexta Câmara Civil, no dia 26/04/2018, a saber:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. SEGUROS. PLANO DE SAÚDE. TUTELA ANTECIPADA.HOME CARE. ALEGAÇÃO AUSÊNCIA DE COBERTURA. DESCABIMENTO. COBERTURA DEVIDA. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão proferida pela magistrada a quo que deferiu o pedido de tutela de urgência e determinou a obrigação de a ora recorrente continuar prestando os serviços de home care. No caso telado, a parte ora agravada aduziu que era beneficiária do plano de saúde empresarial prestado pela Central Nacional Unimed e ficou tetraplégica no mês de novembro de 2015, após uma intervenção cirúrgica mal sucedida. O laudo médico colacionado às fls. 41/42 comprovou que há a urgência e a probabilidade do direito, uma vez que a médica elencou que a agravada foi diagnosticada com tetraplegia e deve manter acompanhamento regular com a equipe de reabilitação. Houve, inclusive, a solicitação para

tratamento domiciliar por impossibilidade de locomoção. É inequívoco que a parte agravada estava utilizando do serviço de home care prestado pela parte recorrente antes da migração do plano de saúde. Porém, após realizar a alteração do plano, em MAI/2017 teve a cobertura negada, em evidente afronta ao dever informação e ao princípio da boa-fé, uma vez que é lógico e muito natural que a ora recorrida não teria migrado para um plano que não disponibilizasse o tratamento domiciliar do qual era beneficiária e que estava em plena fruição. Destaca-se que é vedado ao plano de saúde recusar a custear tratamento prescrito pelo médico, mesmo quando o contrato não prevê cobertura em ambiente domiciliar, pois cabe ao médico definir qual é o melhor tratamento para seu paciente. Ademais, há previsão de cobertura no contrato para a doença apresentada pela parte agravada, e não a forma como o tratamento será realizado. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, c).

Entretanto, a par desta discussão relativa aos pacientes que possuem planos de saúde de operadoras privadas, existem demandas judiciais nas quais este tratamento foi deferido por meio de medidas liminares, quando o Poder Judiciário determinou que o Estado custeasse o tratamento de forma compulsória, através de bloqueios de valores nas contas bancárias dos entes estatais, para pacientes usuários do SUS.

Assim, é com base na análise jurisprudencial da judicialização de um caso local, de *Home Care*, (Processo nº 124/1.09;0000427-2, Justiça Estadual e Processo nº 5001850-54.2017.4.04.7115 da Justiça Federal), que se pretende compreender a atuação do Poder Judiciário em relação a esta peculiar política pública para a saúde.

No referido caso, o paciente obteve esse tratamento deferido e custeado por meio de reiterados bloqueios judiciais, porém em uma decisão irrecorrível do Superior Tribunal de Justiça, houve a determinação de que o tratamento fosse realizado dentro do ambiente hospitalar.

Contudo em razão de haver uma nova demanda judicial, agora em face da União, e que não está consolidada, houve novo deferimento, consubstanciado em medida liminar, que disponibilizou o tratamento domiciliar, aspectos que serão detalhados na seção seguinte.

3.2 TRATAMENTO JURISPRUDENCIAL DE UM CASO DA POLÍTICA DO *HOME CARE*

Antes de se adentrar diretamente no objeto principal desta seção, qual seja a análise jurisprudencial de um caso de *Home Care*, cumpre elucidar alguns aspectos que devem permear a atuação judicial na compreensão, interpretação e aplicação do Direito¹², diante dos casos concretos que se apresentam no cotidiano.

No âmbito das decisões judiciais, é salutar comungar os diversos diplomas normativos em um cotejo das várias regras existentes e que se amoldam na situação analisada, buscando o sentido atribuído a cada uma delas, em um processo de internalização da concepção de círculo hermenêutico, sendo que se apreende o todo o decifrando em partes, ao mesmo tempo em que as partes serão compreendidas sistematicamente a partir das estruturas circulares (SOARES, 2005).

Nesse rumo, inegável a dificuldade de aplicação do círculo hermenêutico, eis que contrário ao método tradicional de interpretação. Streck utiliza-se de uma analogia feita por Heidegger, quando cita que no momento que se vislumbra um fuzil, sabe-se que se trata de uma arma pois havia uma compreensão prévia. “[...] círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um ‘processo’ de compreensão com algo antecipado [...]” (STRECK, 2017, p. 29).

Em que pese essa teoria ter sido adotada especialmente em sede de processo de reclamação, a partir da interpretação por analogia, é plausível apropriar-se de tal técnica hermenêutica quando em uma decisão, no contexto da saúde, em que se envolve a vida de uma pessoa. Nestes casos não é possível uma decisão baseada somente na lei, impondo-se um estudo de todo contexto fático, assim como não pode prosperar decisões “em série”, pois o julgador necessita um olhar detido, entre o fato e a norma, em um trabalho evolutivo e criativo num processo de complementação.

Para Soares, essa técnica de reconstrução do sentido em um fato intrincado, na hermenêutica constitui-se no processo do círculo ou arco hermenêutico, num

¹² É notório haver uma tensão entre o texto disciplinado e o alcance de sua aplicação em uma situação fática, sendo que o intérprete encontra a faculdade de escolhas diversas que se embasam no seu grau de conhecimento e pré-concepções, não sendo possível utilizar-se de uma teoria geral de interpretação, o que não autoriza que sejam aplicadas decisões discricionárias. Assim, “[...] a hermenêutica jurídica, é parte de uma vertente de racionalidade prática preocupada com o direito e com o que este tem a ver com os diversos campos de conhecimento no qual se abebera.” (STRECK, 2017, pg. 94).

método dialético no qual no âmbito interno atribui-se um sentido, sendo que busca-se a referência projetando-se para fora de si mesmo (SOARES, 2005).

[...] esse ir e vir dialético manifesta-se, metaforicamente, como um balançar de olhos entre texto e realidade, entre norma e situação normada, num processo aberto e infinito, significativamente ilustrado pela figura geométrica da espiral [...] (SOARES, 2005, p. 11).

Nessa toada, existem adeptos a aplicação do princípio da juridicidade no direito administrativo, o que alargaria a possibilidade de ação do ente público, uma vez que ela não estaria adstrita tão somente ao princípio limitador da legalidade, mas abarcaria além desse, os princípios gerais do direito.

Dito princípio, defende que o Estado pautaria seus atos nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, insculpidos no artigo 3º da Carta Constitucional, em uma atuação mais dilatada ao invés da observância cega do princípio da legalidade (CHAVES, 2016).

É crível que quando o governo político conduz a administração pública de forma proba, não há que se temer a aplicação do princípio de juridicidade com a conjugação de leis e princípios harmonicamente, dilatando a condução de políticas públicas. Nessa via, “Quando os princípios do governo são corrompidos uma vez, as melhores leis tornam-se más, e voltam-se contra o Estado; quando seus princípios são sadios, as más têm o efeito das boas; a força do princípio arrasta tudo.” (MONTESQUIEU, 1973, p. 126).

Sendo a conduta da Administração Pública alicerçada pelos princípios insculpidos no artigo 37 da CF/88, quais sejam, legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, a obediência tão somente ao direito positivado acaba por engessar a atuação pública, quando, mesmo verificando-se que determinada ação não produz os efeitos esperados em termos de eficiência, se obriga a executá-lo por essa sujeição inafastável, juspositivista (BRASIL, 1988).

É notório que na atual situação política, em que há uma crise de representatividade, se faz necessário um novo modelo de gestão, que para o autor seria o de superar o princípio da legalidade pelo princípio da juridicidade, o qual permite uma maior flexibilização para atender os anseios dos cidadãos, pautados na lei e nos princípios gerais do direito, conectados e ligados em uma complementação

inseparável (CHAVES, 2016). A legalidade andaria par e passo com os princípios gerais do direito.

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul notam-se alusões ao princípio da juridicidade qualificada, como em recurso de apelação nº 70076768159, julgado pela 3ª Câmara Cível:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. AGENTE EDUCACIONAL I - ALIMENTAÇÃO. PLEITO DE PAGAMENTO DO ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. PROVA PERICIAL. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE INSALUBRE. REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO. O regime jurídico dos servidores públicos é concebido como complexo de regras e princípios que disciplina a acessibilidade aos cargos públicos, bem como direitos e deveres. Trata-se de núcleo normativo compreendido a partir da supremacia da Constituição, da unidade dos princípios constitucionais que materializam indicações normativas democraticamente construídas. [...] **Controle fundado na juridicidade qualificada, por meio da qual a Administração Pública submete-se ao Direito, com o propósito de evitar práticas arbitrárias.** Precedentes do TJ/RS. NEGADO PROVIMENTO AO APELO (RIO GRANDE DO SUL, 2018, d). [grifo nosso]

Tendo-se por base este pano de fundo, em que se ressaltam as orientações hermenêuticas e o princípio da juridicidade, importa adentrar no ponto central desta pesquisa, qual seja a análise das decisões judiciais exaradas em um caso de *Home Care*, originário da comarca de Santo Cristo, Rio Grande do Sul, relativo a uma criança portadora de Atrofia Muscular Espinhal Tipo I, mais conhecida como doença de Wednig-Hoffmann, que buscou judicialmente o direito de receber seu complexo e multidisciplinar tratamento em sua residência.

O tratamento, que estava sendo disponibilizado no Hospital de Caridade de Santa Rosa, Rio Grande do Sul pelo SUS e, por meio de uma de Ação Ordinária de Obrigação de Fazer, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, inscrito sob o nº 124/1.09.0000427-2, em face do Município de Santo Cristo e Estado do Rio Grande do Sul, pleiteou-se o fornecimento de suporte necessário para que o tratamento pudesse ser realizado em sua residência, englobando o fornecimento de equipe médica, de enfermagem e de equipamentos (respirador, oxímetro e torpedão de oxigênio), sendo que a antecipação de tutela foi deferida (RIO GRANDE DO SUL, 2015, e).

No momento da propositura da ação o infante contava com apenas 1 ano e 22 dias de idade, sendo que a cidade de sua residência (Santo Cristo) não possuía

estrutura hospitalar adequada para o quadro clínico crítico do paciente, situação confirmada pela perícia solicitada pelo Juiz, condição desfavorável para o recebimento do tratamento em domicílio.

Durante o trâmite processual, a família passou a residir em Santa Rosa, motivada pela estrutura hospitalar adequada existente naquela localidade. Nesse primeiro momento processual, o Juiz da Comarca de Santo Cristo havia acolhido a preliminar de ilegitimidade passiva do Município de Santo Cristo, com extinção do feito em relação a este, prosseguindo somente em face do Estado.

Posteriormente, no relatório de sentença, datado de 29/11/2012, fundamentou o julgador que o fator residência está diretamente relacionado com a causa de pedir, da mesma forma quanto a decisão, visto que, a primeira perícia foi realizada para recebimento do tratamento em Santo Cristo e o fato novo de residir no município de Santa Rosa exigia novo conteúdo probatório.

Diante desse quadro, a Autoridade Judiciária declarou ser imprescindível a realização de nova perícia, pois o cenário havia se alterado para averiguar as atuais condições da residência e o estágio no qual a doença se encontrava, sendo que em seus fundamentos explanou não se encontrar em condições de proferir sentença sem efetivamente analisar a controvérsia em seu todo, com a realização da referida prova pericial, convertendo o feito em diligência.

Após a conversão do feito em diligência, na posse da nova prova pericial, em primeira instância, na Justiça Comum Estadual, a sentença restou parcialmente procedente, ficando decidido que o tratamento deveria ser mantido pelo Estado do Rio Grande do Sul e o Município de Santo Cristo no âmbito hospitalar, sob os fundamentos de que o não fornecimento do tratamento postulado ao demandado (*Home Care*) não colocaria em risco a sobrevivência do autor e que os pedidos ultrapassam a medida do razoável, visto que o último bloqueio judicial tinha sido no aporte de R\$ 213.100,32 (duzentos e treze mil e cem reais e trinta e dois centavos).

Fundamentou-se que o *Home Care* não constituía a única forma de tratamento, sendo que o autor poderia receber a terapia no ambiente hospitalar, pois embora a organização de saúde é obrigação dos entes públicos, ela deverá ser analisada sob o viés de seu impacto na coletividade, que não pode ser relegada em segundo plano.

Argumentou-se que o fornecimento do tratamento, assim como a imposição dessa obrigação ao ente público, deveria ser analisada sob a luz do princípio da

reserva do possível, merecendo exegese contextualizada levando em consideração a proporcionalidade da medida pleiteada, devendo ser avaliado com cautela, pelo Poder Judiciário, o deferimento indiscriminado do direito à saúde às pessoas, pois acaba por adentrar-se na esfera da administração e orçamento público.

Sustentou-se que não se tratava de direito à sobrevivência, mas sim, a busca de qualidade de vida, que certamente importante, porém na realidade fática dos autos seria medida extrema e excepcional, constituindo-se o que doutrina e jurisprudência costumam chamar de “escolhas trágicas”, pois o direito à saúde não é absoluto e deverá ser analisado sob o contexto do impacto na coletividade em razão da escassez de recursos.

Salientou-se, na decisão, que não restou demonstrado que o autor efetivamente necessitasse do atendimento na forma *Home Care*, sob pena de risco de morte, e dessa forma a improcedência do pedido foi a medida que se impôs. Porém, para não haver a interrupção abrupta do tratamento, por força da antecipação da tutela no curso da demanda, o tratamento deveria ser fornecido até o 30º dia a partir do trânsito em julgado da decisão.

Em segundo grau de Jurisdição, em Acórdão na Apelação inscrito sob o nº 70066466137, o Tribunal de Justiça Gaúcho negou provimento ao apelo sob o fundamento principal de que devido complexidade da doença do autor, não é adequado o tratamento em seu domicílio, visto necessitar de um pediatra, uma enfermeira, um respirador, um oxímetro e o torpedão de oxigênio (RIO GRANDE DO SUL, 2015, f).

Na referida decisão constou que os documentos carreados nos autos indicaram a inviabilidade de o tratamento ser realizado no domicílio, sem expô-lo a risco de morte, conforme laudo pericial transcrito no Acórdão, conclusivo pela inviabilidade da concessão do tratamento na forma do *Home Care*:

[...] cabe ressaltar que trazer em manter equipamentos de UTI no domicílio, por si só, não garante o suporte a vida. Ao contrário, aumentam de maneira expressiva os riscos de óbito, já que não é possível reproduzir em um domicílio toda a complexidade de uma unidade de internação intensiva, com seus serviços de apoio e procedimentos de nível hospitalar, estes sim fundamentais ao suporte de vida [...] (RIO GRANDE DO SUL, 2015,f).

Irresignada, a parte autora levou a questão à análise do STJ, por meio de Recurso Especial, inscrito sob o nº 70067725622, interposto nos termos do artigo

105, inciso III, da Carta da República, sendo que o mesmo restou inadmitido, sob fundamento do enunciado da súmula 7 do STJ, que preconiza que: “[...] a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”, e enunciado da súmula 284 do STF, sob o fundamento de que deixou de indicar com objetividade os dispositivos que entende violados (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016, d).

Não satisfeita, apresentou Agravo em Recurso Especial, inscrito sob o nº 967.105- RS, sendo que este não foi conhecido, por não atender ao que exige o artigo 932, inciso III, do CPC, ou seja, por não terem sido impugnados especificamente todos os fundamentos da decisão agravada (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016, e).

Dessa forma, prevaleceu decisão da primeira instância, que determinou a disponibilização do tratamento em hospital, e para tanto, haveria um prazo de trinta dias de adaptação, a contar 06/09/2016, quando então o paciente retornaria para o hospital. Isto, de fato, veio a ocorrer e, após ter permanecido por cinco anos recebendo o tratamento domiciliar *Home Care*, o autor necessitou retornar ao hospital para continuar tendo seu tratamento custeado pelo SUS.

Não tendo obtido o êxito no âmbito da Justiça Comum Estadual, e esgotadas as possibilidades recursais, a parte autora, entendendo que a responsabilidade pelo direito pleiteado seria de competência comum, ajuizou ação Ordinária de Obrigação de Fazer, no âmbito da Justiça Federal, em face da União, Fundação de Saúde de Santa Rosa- RS- FUMSSAR e Hospital de Caridade de Santa Rosa - Vida e Saúde, processada sob o nº 5001850-54.2017.4.04.7115/RS.

Neste âmbito, após audiência de conciliação inexitosa, o Juiz Federal decidiu conceder a antecipação dos efeitos da tutela de urgência, com o fim de determinar que a Fundação Municipal de Saúde de Santa Rosa fornecesse o suporte necessário para o tratamento do requerente, em sua residência, na cidade de Santa Rosa, por tempo indeterminado e de modo contínuo, sendo que, os custos deveriam ser integralmente ressarcidos pela União.

A referida decisão fundamentou-se nos seguintes aspectos:

[...] não desconheço que, em período pretérito o autor ajuizou ação diversa perante a digna Justiça Estadual, na qual buscava, em decorrência da mesma enfermidade, a concessão de atendimento e assistência médica domiciliar.

O *pedido* declinado no presente feito, entretanto, não é o mesmo, uma vez que na demanda pretérita o autor pretendia provimento judicial que

determinasse o fornecimento de “*home care*” ao passo que agora postula a obtenção de “suporte necessário ao tratamento do requerente em sua residência”, em termos bem diversos daqueles tratados no feito anterior. Inclusive no que tange a valores envolvidos. A alteração dos fatos, como também pontuei, enseja igualmente mudança *na causa petendi*. Com efeito, narra a parte autora ter obtido recentemente, mediante doação, um aparelho de ventilação mecânica necessário à sua manutenção vital e, demais disso demonstra o menor custo (substancial, ressalte-se) do tratamento residencial em comparação com o leito hospitalar, o que, postula, seja agora levado em conta no momento de decidir. Cumpre observar ainda o fato de que a genitora do infante graduou-se como técnica de enfermagem, o que claramente faz com que o ambiente residencial conte com apoio familiar profissional. [...] Em sede de análise sumária, destarte, permaneço entendendo que a alteração fática decorrente do agravamento do seu estado de saúde (advinda do retorno ao ambiente hospitalar), bem como da comprovação do menor custo do tratamento no âmbito residencial, afastam o reconhecimento da litispendência ou coisa julgada. Tenho que, além disso, o pedido merece ser apreciado sob ótica diversa da enfrentada pela digna Justiça Estadual. [...] Nesse ponto, a pergunta central a ser respondida ao ver do julgador é: mostra-se **razoável, proporcional e coerente com a ordem constitucional condenar uma criança a passar desnecessariamente toda a sua infância em um quarto hospitalar de UTI?** Acredito que no caso em específico a resposta deva ser negativa [...] (JUSTIÇA FEDERAL, 2017).

O caso em liça encontra-se, desde o dia 16/03/2018, com a Autoridade Judiciária da mencionada Vara Federal, para prolação de sentença, a qual infere-se devido fundamentação do deferimento da Tutela de Urgência (supra transcrita), presume-se seja no sentido de manter o tratamento domiciliar na forma *Home Care*, visto ter havido uma substancial redução de custos, estando em patamar inferior do tratamento em hospital.

Há de se ressaltar a sensibilidade do Magistrado para, numa pertinente hermenêutica sistêmica do Direito, reunir em seu *decisum* princípios como o da razoabilidade, da proporcionalidade, sem descuidar, reflexa e indiretamente, da prioridade constitucional conferida à dignidade da pessoa humana, neste aspecto relacionada às condições de saúde e convivência no âmbito familiar do infante, dando concretude à absoluta e vinculante prioridade com que o Legislador Constituinte tratou a vida, a saúde, a dignidade, o lazer, a convivência familiar, dentre outros direitos da criança, do jovem e do adolescente, assim retratadas no art. 227 da Carta (BRASIL, 1988).

Louvável a sensibilidade empregada pelo julgador na análise da realidade fática em tempos cediços com que o Poder Judiciário dispõe diante de tantas demandas judiciais, fato que confere decisões devidamente fundamentadas como o modelo de justiça ordena. Percebe-se que quanto mais complexo for o direito

suscitado, mais desafiadora será a tomada de decisão e enriquecedora poderá tornar-se quando em consonância com as regras, princípios e a particularidade do caso, conferindo veracidade às palavras direito e justiça.

CONCLUSÃO

Desde o nascedouro da democracia a vida em sociedade passou por constantes transformações, especialmente pelo novo modelo de Estado menos intervencionista e assistencialista em que o cidadão adquiriu mais liberdade e conquistou inúmeras garantias constitucionais através da participação política. Todavia à medida que o Estado afrouxou as amarras no entorno do corpo social, passou a delegar encargos que acabaram por se tornar demasiadamente onerosos a seus cidadãos.

Interviu menos, proveu menos, e a população passou a adimplir com recursos próprios planos de saúde, escolas particulares, segurança, dentre outras coisas. Não bastasse isso, aumentou os encargos, entretanto não ofereceu a contrapartida que a população esperava. É crível que o Estado não pode prover tudo e a todos, pois sabido que as necessidades são ilimitadas e os recursos escassos o que demanda uma gestão eficiente e voltada ao interesse social.

Este contexto motivou a escolha do tema ao qual, após detido estudo, chega-se às considerações finais, com o apontamento de motes, resultado da dissecação do assunto. Na condução do estudo apropriou-se da trajetória histórica e principiológica que norteia a Administração Pública, tendo como delimitação temática um recorte sobre a análise da judicialização das Políticas Públicas para a Saúde, especificamente sobre a responsabilidade e efetividade dessas ações, que levam à judicialização, nos casos de omissão do Poder Público.

Nesse rumo, o presente trabalho de conclusão de curso teve por objetivo responder ao seguinte questionamento: O Poder Judiciário pode impor obrigações de fazer ao Executivo em relação a determinadas políticas públicas para a saúde, sobretudo àquelas que importam em vultosa oneração aos orçamentos públicos, em potencial detrimento da assistência em saúde à coletividade?

Na busca de uma resposta plausível, os objetivos almejados mostraram-se a bússola na construção de respostas para os apontamentos levantados. Em primeira análise, buscou-se caracterizar as políticas públicas através da análise principiológica e conceitual correspondente, apontando as responsabilidades que

contribuem para sua efetividade. Dita análise foi essencial para compreender a complexa estrutura que constitui-se nas políticas públicas para a saúde.

Nessa via, o Estado, representado pelos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, materializa-se por meio de ações afirmativas que buscam garantir aos indivíduos o alcance a uma vida digna. Este é o seu papel fundamental como Estado Social Democrático de Direito, que visa o atingimento do interesse público. Todavia, existem mazelas nas quais, embora haja um esforço conjunto de seus órgãos, seus objetivos não se implementam adequadamente, circunstância que acaba por gerar deficiências que impactam diretamente na vida das pessoas.

Assim, uma forma de materialização de ações em prol da sociedade são as políticas públicas. Elas buscam assegurar a realização dos direitos fundamentais sociais. Assim, teve-se como enfoque nesta pesquisa a seara da saúde, bem maior do ser humano e essencial para que se tenha uma vida digna. Neste intento, debruçou-se na análise das ferramentas adotadas pelo Estado na tentativa de disponibilizar aos seus cidadãos políticas capazes de efetivar os direitos expressos no texto legal.

Nesse caminho, analisou-se a sistematização das políticas públicas e sua aplicabilidade, para compreender em que medida a falta de efetividade em sua implementação impacta na judicialização, em casos de omissão do Poder Público. Sabe-se que existem problemas que acabam por refletir diretamente na eficácia das ações afirmativas do Estado, dentre os quais identificou a relação com a gestão e contingenciamento orçamentário.

Em segundo momento empreendeu-se em analisar a judicialização das políticas públicas para a saúde no contexto da dignidade da pessoa humana, com um cotejo acerca do princípio do mínimo existencial e da reserva do possível e as implicações da intervenção de um poder sobre o outro. Nessa liça, Judiciário impondo inadvertidamente obrigações de fazer ao Executivo, acaba por relativizar a independência e a não intervenção de um Poder no outro.

No decorrer da pesquisa percebeu-se a afirmação da hipótese constatando-se que a ineficácia na implementação das políticas públicas impacta diretamente na sua conseqüente judicialização. Não obstante, infere-se que a judicialização não é o remédio ideal para a solução do problema, pois ataca somente em situações particulares e individualizadas, sem contudo resolvê-lo coletivamente, além de ser uma solução em certa medida conflituosa pois um poder assegurando um direito a

um indivíduo, impõe ao outro poder o cumprimento desta obrigação podendo interferir no planejamento de políticas públicas e programas destinados à coletividade.

No terceiro momento, o presente estudo empreendeu esforços em analisar a política pública do *Home Care*, originária dos Estados Unidos- EUA, cujo modelo surtiu muito sucesso por trazer um tratamento humanitário ao enfermo, além de reduzir significativamente os custos dessa modalidade que é disponibilizada no domicílio em um contraponto com o tratamento tradicional em ambiente hospitalar.

Percebeu-se que no Brasil, dita política não alcançou o mesmo êxito que nos EUA e diante desse cenário questiona-se o porquê desse insucesso. No decorrer do estudo, pôde-se inferir que em certa medida é pela falta de planejamento e interesse por parte do ente público em implementar tal forma de tratamento de saúde. Por outro lado, percebe-se uma possível deturpação em sua invocação, visto seu cerne ser o de oferecer um tratamento humanitário com menos custos financeiros. No entanto, os custos financeiros mostram-se o grande empecilho na contemporaneidade para sua implementação.

A partir da abordagem desenvolvida, a hipótese proposta para a elaboração do presente estudo, que aqui se encerra, confirmou-se em sua totalidade. Por estas razões, conclui-se que a ineficácia na implementação das políticas públicas impacta diretamente na sua judicialização. Entretanto, assevera-se que este não é o meio ideal para solucioná-las, mas sim um meio excepcional e que assim deverá se apresentar. Todavia, a partir da pesquisa percebeu-se que a asseveração do direito à saúde através da via judicial está em nível crescente de judicialização, o que pode acarretar em uma relativização da independência entre os poderes.

Dessa forma, depreende-se que o norteador das ações estatais deve ser a busca do interesse público, tendo como escopo o bem da coletividade. Nessa vertente, depreende-se uma falta de participação do corpo social na política, especialmente no controle, planejamento e elaboração dos programas de governo quando o cidadão deveria participar de forma ativa e permanente.

Acredita-se que a solidariedade também invocada no decorrer do trabalho, de fato está enfraquecida, mas basta a mobilização da sociedade para que ela se fortifique. Este aspecto foi observado no caso jurisprudencial trazido à baila, em que o paciente recebia o tratamento pelo *Home Care* e, quando necessitou retornar ao hospital, houve um empenho da comunidade para angariar fundos, culminando na

aquisição de um respirador, equipamento que mais elevava os custos e impossibilitava o tratamento na modalidade *Home Care*.

Percebe-se que a sociedade, embora entorpecida pela individualidade, na sua essência abriga o espírito solidário e benevolente para com o próximo, especialmente quando trata-se de questões relacionadas à saúde, quando diferenças se empalidecem e relações se estreitam, na tentativa de salvar ou dignificar uma vida.

Conclui-se que o problema da saúde é um problema de toda a sociedade e não somente do Estado, e, dessa forma, importa no envolvimento de todos na política, eis que é através dela que as ações estatais se materializam. Enquanto os cidadãos permanecerem inertes, atrocidades continuarão acontecendo e o deficitário sistema de saúde tende a se agravar.

Percebe-se, portanto, um modelo de políticas públicas bem delineado, o qual, em se aparando as arestas entre os entes e poderes públicos, pode tornar-se eficiente.

Assim, quanto as possíveis contribuições e repercussão do trabalho, reitera-se a afirmação da necessidade do debate no meio acadêmico para preparar o futuro jurista, que inexoravelmente se deparará com estas questões. Para tanto, o Direito mostra-se a via adequada para que se faça justiça, e a academia pode e deve ser fomentadora de acadêmicos críticos e atuantes no corpo social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

AMABILE, Antônio Eduardo de Noronha. **Políticas Públicas**. In: CASTRO, Carmem Lúcia Freitas de; GONTIJO, Cynthia Rúbia Braga (Org.). **Dicionário de Políticas Públicas**. Barbacena: UEMG, 2012, p. 390-391. Disponível em <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/dicionario_politicas_publicas.pdf>. Acesso em: 06 de mai. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Tempos Líquidos**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.html>. Acesso em: 06 mai. 2017.

_____. **Lei nº 8.080**, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm>. Acesso em: 23 de set. 2017.

_____. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 23 de set. 2017.

_____. **Lei nº 10.424**, de 15 de abril de 2002. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento de serviços correspondentes e dá outras providências, regulamentando a assistência domiciliar no Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10424.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

_____. **Lei nº 13.655**, de 25 de abril de 2018. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13655.htm>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CAMARGO, J.J. **Quando o direito é de todos**. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/opiniao/colunistas/jj-camargo/noticia/2016/09/quando-o-direito-e-de-todos-7481865.html#showNoticia=LIBSZFBPTEY1MDMxODUwMzE1MDU4NTEExODcyY1MvMjk3NjYxMjUzMTU3MzMyOTQ1Nkt1KzI2Nzk3OTgxMzA2NjQyNzU5NjglJlVeK0ttay1BK3hsamtnX3w=I>>. Acesso em: 18 mai. 2017.

CAMBI, Eduardo; ZANINELLI, Giovana. **Educação para a Cidadania e Judicialização da Política**. Revista Juris Plenum: Caxias do Sul, n.74, p. 83-106, mar/abril 2017.

CASAL, Vânia Agnelli Sabin. Do Direito à Saúde. In: KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo, DE PAULA, Silvia Helena Bastos, BONFIM, José Ruben de Alcântara (Org.). **As Ações Judiciais no SUS e a Promoção do Direito à Saúde**. São Paulo: Instituto de Saúde, 2009, p. 73-85.

CHAVES, Márcio Roberto. Princípio da Juridicidade no Direito Administrativo: texto para um novo contexto. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **A Regeneração da Administração Pública Brasileira**. Natal, 2016, p. 153-175. Disponível em: <<https://d335luupugsy2.cloudfront.net/cms/files/32336/1519425970ebook-ibda.pdf>>. Acesso em 10 de mar. 2018.

CONSELHO FEDERAL DE ENFERMAGEM. **Anexo Resolução 267/2001**. Disponível em: <<http://www.coren-ro.org.br/wp-content/uploads/2014/06/Anexo-Resolucao-267.pdf>>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

_____. **Resolução 270/2002**. Disponível em: <http://www.cofen.gov.br/resoluco-cofen-2702002_4307.html>. Acesso em: 02 de abr. 2018.

_____. **Ministério da Saúde – Agência Nacional de Vigilância Sanitária**. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2006/res0011_26_01.html>. Acesso em: 30 de set. 2017.

CONSULTOR JURÍDICO. **Paciente de clínica particular não tem direito a remédio de alto custo pelo SUS**. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-09/paciente-clinica-particular-nao-direito-remedio-caru-sus>>. Acesso em 03 de abr. 2018.

COSTA, Marli Marlene da; RODRIGUES, Hugo Thami. **Direito & Políticas Públicas**. v. VII, 22. ed. Curitiba: Multideia, 2012.

COURA, Kalleo. **Análise Econômica do Direito**. Disponível em: <<https://jota.info/especiais/analise-economica-do-direito-chega-aos-tribunais-do-pais-01072017>>. Acesso em 24 de set. 2017.

CULLETON, Alfredo; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO, Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FALCÃO, Horácio Arruda. **Home Care – uma alternativa ao atendimento da Saúde**. Disponível em: <http://www.geocities.ws/mcdobies/enf_domiliar/home_care.doc>. Acesso em 30 de mai. 2017.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

FERNANDES, Leandro Aléx Missagia. Fornecimento de Medicamentos do Componente Especializado da Assistência Farmacêutica: interferência do judiciário na omissão dos gestores públicos. In: **Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre**. Porto Alegre: Relâmpago, 2016, p. 17-39.

GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. In: TIM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2014, p. 1-33.

GRILLO, Brenno. **Marco Aurélio complementa voto em julgamento sobre fornecimento de remédios**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-28/pedido-vista-suspende-julgamento-obrigacao-fornecer-remedio>>, Acesso em: 24 de set. 2017.

JUSTIÇA FEDERAL. **Processo nº 5001850-54.2017.4.04.7115/RS**. 2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=2016%2F0213526-0+ou+201602135260&b=DTXT&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1>>. Acesso em: 15 de mai. 2018.

MÂNICA, Fernando Borges. **Teoria da Reserva do Possível: direitos fundamentais a prestações e a intervenção do poder judiciário na implementação de políticas públicas**. Disponível em: <http://fernandomanica.com.br/site/wp-content/uploads/2015/10/teoria_da_reserva_do_possivel.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2018.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

MONTESQUIEU. **Do Espírito das Leis**. 1. ed. São Paulo: Abril, 1973.

MOUSQUER, João Victor Magalhães. **Estado e Gestão Pública: O exercício da cidadania através de políticas públicas**. Curitiba: Juruá, 2016.

PENA, Isabela Leitão Paes. **Mínimo Existencial, Reserva do Possível e Direito Fundamental à Saúde**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3393707/mod_resource/content/2/PENA-minimo%20reserva%20direito%20a%20saude.pdf>. Acesso em: 22 de abr. 2018.

RIO GRANDE DO SUL. **Apelação Cível Nº 70076272160**, Relator Desembargador Alexandre Kreutz, Sétima Câmara Cível. J. 28 de março de 2018. a. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=princ%C3%ADpio+da+reserva+do+poss%C3%ADvel&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 04 de abr. 2018.

_____. **Apelação Cível Nº 70077089860**. Relator Desembargador Eugênio Facchini Neto, Nona Câmara Cível. J. 25 de abril de 2018. b. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=aplica%C3%A7%C3%A3o+da+an%C3%A1lise+econ%C3%B4mica+do+direito&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=tratamento+home+care+custeado+pel+o+sus&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 de mai. 2018.

_____. **Agravo de Instrumento Nº 70076288208**. Relator Desembargador Nilton Carpes da Silva, Sexta Câmara Cível. J. 26 de abril de 2018. c. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=tratamento+home+care&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=analise+economica+do+direito&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 15 de mai. 2018.

_____. **Apelação Cível Nº 70076768159**. Relator Desembargador Leonel Pires Ohlweiler, Terceira Câmara Cível. J. 07 de março de 2018. d. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=princ%C3%ADpio+da+juridicidade&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politic>

a-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 11 de mar. 2018.

_____. **Apelação Cível Nº 70066466137**. Relator Desembargador Alzir Felipe Schmitz, Oitava Câmara Cível. J. 29 de outubro de 2015. e. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=70066466137&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 28 de abr. 2018.

_____. **Processo de Conhecimento Nº 12410900004272**. Vara Judicial de Santo Cristo. J. 12 de maio de 2015. f. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 04 de abr. 2018.

ROCHA, Márcio Santoro. **A Suspensão de Tutela Antecipada 175 e a Judicialização da Saúde**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-24/marcio-santoro-sta-175-judicializacao-saude?utm_source=divr.it&utm_medium=facebook#_ftn1>. Acesso em 28 de abr. 2018.

SAMPAIO, Ana Virgínia C. de Faria Sampaio; IMAI, Cesar. **A atenção domiciliar à saúde (*home health care*), a arquitetura acessível e o desenho universal**. Disponível em: <https://www.usp.br/nutau/nutau_2012/2dia/20120628170403_artigo%20NUTAU%202012%20final%20com%20pag.pdf>. Acesso em 30 de mai. 2017.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **(Re) Interpretando o Direito Constitucional**. Disponível em: <[file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Reinterpretando%20o%20Direito%20%20Constitucional%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Reinterpretando%20o%20Direito%20%20Constitucional%20(1).pdf)>. Acesso em: 01 abr. 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2017.

_____. **Democracia, Jurisdição Constitucional e Presidencialismo de Coalizão**. Disponível em: <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/856/595>>. Acesso em: 31 mar. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Agr/Reg nº642536**. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. J. 05 de fevereiro de 2013. a Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28PRINCIP>>

IO+DO+MINIMO+EXISTENCIAL+NO+DIREITO+ADMINISTRATIVO%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ya7w459k>. Acesso em: 11 de mar. 2018.

_____. **Recurso Extraordinário Nº 566471**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ministro Marco Aurélio. J. 15 de novembro de 2007. b. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28566471%2E%2E+OU+566471%2EPRCR%2E%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/ztoqh7z>>. Acesso em: 30 de set. 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial Nº 1655043**. Relator: Ministro Herman Benjamin. J. 13 de maio de 2017. a. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1655043&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 de maio 2018.

_____. **Agr/Reg nº223**. Relatora Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal. J. 14 de agosto de 2008. b Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28223%2E%2E+OU+223%2EACMS%2E%29+%28%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORL%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORV%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2ENORA%2E+OU+%28CELSO+DE+MELLO%29%2EACMS%2E%29%28%40JULG+%3E%3D+20080414%29%28PLENO%2ESESS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yay6fch6>>. Acesso em: 11 de mar. 2018.

_____. **Agravo em Recurso Especial Nº 1016162**, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Julgado em 19 de maio de 2017. c. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/toc.jsp?livre=%28%28%22PAULO+DE+TARSO+SANSEVERINO%22%29.min.%29+E+%28%223T%22%29.org.&processo=REsp+1378707%2FRJ&&b=DTXT&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em 15 de mai. 2018.

_____. **Recurso Especial Nº 70067725622**. 2ª Turma, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Francisco Falcão. J. 12 de agosto de 2016. d. Disponível em: <<http://www1.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em 15 de mai. 2018.

_____. **Agravo em Recurso Especial Nº 967105**, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Ministro Francisco Falcão. J. 19 de agosto de 2016. e. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=64027518&num_registro=201602135260&data=20160908&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 15 de mai. 2018.